میکروفیلم تهیه شد

باز بینی شد
۱۳۵۲

کتابخانه آستان قدس

اسم کتاب مسالک الافهام — عربی

مصنف / مؤلف شیخ زین الدین شهید ثانی

خطی / چاپی نسخ مختلف السطر

سال طبع یا تحریر .... عدد اوراق ۳۶۰

جزء کتب فقه شماره ۸۲۲

شماره عمومی ۲۸۲۴ شماره قبض ....

واقف بوسیله ابوالفضل نهاوندی تسلیم کتابخانه شد تاریخ وقف فروردین ۱۳۱۳

طول ۳۶ عرض ۱۷ سانتیمتر قفسه ۸

کتاب
مسالک

بسم الله

الحمد لله الواقف علی الاسرار والسرایر وصلی الله علی محمد واله زبدة القبایل والعشایر واعنه [illegible]

من الاوایل الی الاواخر اما بعد [illegible] کتاب [illegible]

[illegible]

[illegible]

صاحب [illegible] محمد [illegible]

[illegible]

علی الذین [illegible] والله واسع علیم

۲۶۰

کتابخانه آستانه قدس
ویژه مخطی

بسم الله الرحمن الرحيم

باب العقود وفيه خمسة عشر كتابا كتاب التجارة قد سبق

في كلام المصـ في كتاب التجارة وغيره ما يدل على ان المراد بالتجارة عقد المعاوضة بقصد الاكتساب عند التملك فاعتبروا فيها قصد الاكتساب فان ارادوا منها هنا هذا المعنى ففي كثير من افرادها المذكورة في هذا الكتاب استطراد فان هذه الاقسام المعدودة لها اعم من كونها بقصد الاكتساب والقوت والادخار وان ارادوا بها هنا ما هو اعم مما هو سبق لسطانو جميع الافراد المذكورة كانت التجارة في اصطلاحهم من الالفاظ المشتركة وهو خلاف الظاهر بل المعروف كون التجارة ماخوذا في مفهومها ارادة الاسترباح والتكسب كما سبق فالاستطراد بما خرج عن ذلك اولى وبقي في العبارة امر آخر وهو ان المصنف رحمه الله قد جعلها في صدر الكتاب شاملا للبيع والصلح والاجارة وغيرها من عقود المعاوضات كما يعلم ذلك من تضاعيف الاقسام ثم عقدها بعد ذلك للبيع خاصة الى آخر الكتاب ولا يخفى ما فيه من التجوز وكان الانسب ما فعل الشيخ والشهيد في الدروس ان عنون الفصل الاول من الكتاب بكتاب المكاسب فان الاقسام كلها افراد المكاسب اعم من البيع وغيره ثم التكسب لو قصد به القنية او القوت لم يكن داخلا في المكاسب بالمعنى المتقدم وحينئذ فبين البيع والمكاسب عموم وخصوص من وجه يجتمعان في بيع الاعيان المكتسب بها وينفرد البيع بقصد القنية ونحوها وينفرد المكاسب بحصولها بالمنافع والصلح ونحوه مما يكتسب به وينقسم الى محرم ومكروه ومباح الخ قد جعل المصـ الاقسام ثلثة كما ترى وذكر جماعة انقسامها الى الاحكام الخمسة بادخال الوجوب والندب وعدوا من الواجب ما يضطر اليه لمؤنته ومؤنة عياله ومن المندوب ما يقصد به التوسعة عليهم حيث يندفع

المذكورة ص

[illegible] بعض ذلك كتاب البيع الذي هو بعض ما يحصل به [illegible]

الحاجة بغيره وكل من التقسيمين حسن وان كان ما هنا احسن اذ لا خلل في الثلثة ولا تداخل في الخمسة فان مورد القسمة في الثلثة ما يكتسب به وهو العين والمنفعة وظاهر ان الوجوب والندب لا يرد عليهما من حيث انهما عين خاصة ومنفعة بل بسبب امر عارض وهو فعل المكلف ومورد الخمسة الاكتساب الذي هو فعل المكلف ومن شانه ان يقبل الخمسة الى القسمة فيما يمكن فيه تساوي الطرفين باعتبار العوارض اللاحقة له واعلم ان غرض الفقيه بالذات من بحث العقود حكمها من حيث يصح ويفسد واما من حيث يجب او يندب فيترتب عليهما الثواب فهو من وظائف العبادة او من حيث يحرم فيترتب عليها العقاب فهو بالعبادة اشبه من حيث وجوب تركها لكن لا محذور في ذكره ذلك هنا استطرادا باعتبار اصل وجه المكاسب فانها قد يكون عبادة من جهة ومعاملة من اخرى وكذا باقي العقود كالصلح والاجارة ومثله النكاح والانبذة جمع نبيذ وهو الشراب المخصوص المسكر المعمول من التمر وجمعه باعتبار تعدد افراده او غلب على باقي المسكرات المعمولة من الارز والذرة وغيرها اسم النبيذ وان اختصت باسم آخر وضابط المحرم هنا كل مسكر مائع بالاصالة وفي حكمه الجامدات كالحشيشة ان لم يفرض لها نفع آخر وقصد ببيعها المنفعة المجردة وكل مائع نجس عدا الادهان لفائدة الاستصباح بها تحت السماء الخ بناء على ان المائعات النجسة لا تقبل التطهير بالماء فانه اصح القولين ولو قلنا بقبولها الطهارة جاز بيعها مع الاعلام بحالها ولا فرق في عدم جواز بيعها على القول بعدم قبولها الطهارة بين صلاحيتها للانتفاع على بعض الوجوه وعدمه ولا بين الاعلام بحالها وعدمه على ما نص عليه الاصحاب وغيرهم واما الادهان النجسة بنجاسة عارضة كالزيت تقع فيه الفارة فيجوز بيعها لفائدة الاستصباح بها وانما اخرج هذا الفرد بالنص والا فكان ينبغي مساواتها لغيرها من المائعات النجسة التي يمكن الانتفاع بها في بعض الوجوه وقد الحق بعض الاصحاب ببيعها

[illegible]

للاستصباح بيعها ليعمل صابونا او ليدهن بها الاجرب ونحو ذلك ويشكل انه خروج عن مورد النص
المخالف للاصل فان جاز لتحقق المنفعة فينبغي مثله في المائعات النجسة التي ينتفع بها كالدبس يطعم
للنحل ونحو ذلك والمشهور بين الاصحاب تقييد جواز الاستصباح بها بكونه تحت السماء وادعى عليه ابن ادريس
الاجماع وفي الحكم بالتخصيص نظر وفي دعوى الاجماع منع والاخبار الصحيحة مطلقة والمقيد لهما
تحت الجمع بينهما غير معلوم فالقول بالجواز مطلقا متجه واليه ذهب الشيخ في المبسوط والعلامة
في المختلف وموضع الخلاف ما اذا كان الدهن متنجسا بالعرض فلو كان نفسه نجسة كاليات
الميتة والمبانة من الحي لم يصح الانتفاع بها مطلقا لاطلاق النهي عن استعمال الميتة ونقل
الشهيد رحمه الله عن العلامة جواز الاستصباح به تحت السماء كغيره وهو ضعيف واعلم
انه على القول باختصاص جواز الاستصباح بالدهن النجس بتحتية السماء فهو تعبد محض
لا لنجاسة دخانه فان دخان الاعيان النجسة عندنا طاهر لاستحالته كرماده وفي المختلف
استبعد استحالته كله وجوز تصاعد شيء من اجزاء الدهن قبل احالة النار له بسبب
السخونة المكتسبة من النار الى ان يلقى الظلال فيتاثر بنجاسته وجعله وجه المنع من الاستصباح
ثم افتى بالجواز مطلقا ما لم يعلم او يظن بقاء شيء من اعيان الدهن وحيث جاز استعماله
على بعض الوجوه جاز بيعه لعالم بحاله ولو باعه من دون الاعلام فهل يصح البيع وفعل
حراما ويتخير المشتري لو علم ويشكل الجواز على تعلله بالاستصباح فان مقتضاه الاعلام
والبيع لتلك الغاية   والميتة ومجموعها من حيث هو مجموع وفي حكمه
اجزاؤها التي تحلها الحياة وهي التي يصدق عليها الموت حقيقة اما ما لا تحله الحياة
منها فيجوز بيعه اذا كانت طاهرة ويمكن ان يريد بالميتة مسلوب الحياة مما تحله منها فيشمل
الجملة والاجزاء والمبان من الحي   والارواث والابوال مما لا يؤكل لنجاسته وخبثه وان فرض
له نفع لندوره واما روث وبول ما يؤكل لحمه فقد ذهب جماعة الى جوازه مطلقا نظرا الى
انه عين طاهرة ينتفع بها وآخرون الى المنع من بيع العذرات والابوال كلها لاستخباثها
الا ابوال الابل للاستشفاء بها وللنص عليها والاول اقوى خصوصا في العذرات للانتفاع

بها في الزرع

بها في الزرع وغيره نفعا بينا مع طهارتها واما الابوال فكذلك ان فرض لها نفع مقصود
والا فلا وقول المص والاول اشبه يريد بالاول ما دل عليه القول الاول بمفهومه اذ منطوقه
المنع من بيع الارواث والابوال مما لا يؤكل لحمه وهذا مما لا شبهة فيه انما الكلام في اختصاص
الحكم به حتى يجوز بيع ذلك مما يؤكل لحمه فيعود الاشتباه اليه باعتبار دلالته بمفهومه لا
باعتبار منطوقه وهو تحريم ذلك مما لا يؤكل لحمه فانه موضع وفاق وعزيمة في القول الثاني
وجلد الكلب وما يكون منه   نبه بتخصيص جلد الكلب وما يكون منه بعد تعميم
الحكم في الخنزير وجميع اجزائه على ان جملة الكلب يجوز بيعها على وجه من الوجوه بخلاف
اجزائه منفردة كجلده فانه لا يجوز بيعها كالخنزير وضمير ما يكون منه يمكن عوده الى الجلد
بمعنى تحريم بيع ما يتخذ من جلده من آلة وغيرها لعلم وموضع المذكوة عليه فيستوي في الحكم
جميع الآلات والى الكلب بمعنى تحريم بيع ما يكون منه اي من الكلب بمعنى تحريم اجزائه
من عظم وغيره فيكون اشارة الى المنع من بيع الاجزاء دون الجملة بخلاف الخنزير وكلا المعنيين
صحيح   وما يحرم لتحريم ما قصد به كآلات اللهو آلات اللهو ونحوها ان لم يمكن
الانتفاع بها في غير الوجه المحرم ولم يكن لمكسورها قيمة فلا شبهة في عدم جوازها لانحصار
منفعتها في المحرم وان امكن الانتفاع بها في غير الوجه المحرم على تلك الحالة منفعة مقصودة واشتراها
لتلك المنفعة لم يبعد جواز بيعها الا ان هذا الغرض نادر فالظاهر ان ذلك المخصوص لا ينتفع به
الا في المحرم غالبا والنادر لا يقدح ومن ثم اطلقوا المنع من بيعها ولو كان لمكسورها قيمة وباعها
صحيحة لتكسر وكان المشتري موثوقا بديانته ففي جواز بيعها حينئذ وجهان وقوى في التذكرة
جوازه مع زوال الصفة وهو حسن والاكثر اطلقوا المنع وهكذا الحكم في اواني الذهب والفضة
لكن يحتمله بناء على تحريم عملها والانتفاع بها في الاكل والشرب وهي منافع مقصودة وفي
تحريم عملها مطلقا نظر   وهياكل العبادة المبتدعة كالصليب والصنم الخ الاصل
في الهيكل انه بيت الصنم كما نص عليه الجوهري وغيره واما اطلاقه على نفس الصنم فلعله من باب
المجاز من اطلاق اسم المحل على الحال   وما يفضي الى مساعدة على محرم كبيع السلاح

وعدم جواز اقتنائها للادخار وتزيين المجلس والانتفاع بها في غير الاكل والشر

لاعداء الدين لا فرق في اعداء الدين بين كونهم مسلمين وكفارا لاشتراكهم في الوصف وهو
الاعانة على المحرم المنهي عنه كقطاع الطريق ونحوهم وانما يحرم مع قصد المساعدة او في حال الحرب
او التهيؤ له اما بدونهما فلا ولو باعهم ليستعينوا به على قتال الكفار لم يحرم كما دلت عليه الرواية
وهذا كله فيما يعد سلاحا كالسيف والرمح اما ما يعد جنة كالبيضة والدرع ولباس
الفرس المسمى بالتجفاف بكسر التاء فلا يحرم وعلى تقدير النهي عن البيع لو باع هل يصح
ويملك الثمن ام يبطل قولان اظهرهما الثاني لرجوع النهي الى نفس العوض واجارة
السفن والمساكن للمحرمات وبيع العنب ليعمل خمرا الخ المراد بيعه لاجل الغاية المحرمة سواء
شرطها في نفس العقد ام حصل الاتفاق عليها فلو باعها لمن يعملها بدون الشرط فان لم يعلم
انه يعملها كذلك لم يحرم على الاقوى وان كره وان علم انه يعملها ففي تحريمه وجهان احدهما
ذلك والظاهر ان علته كذلك وعليه تنزل الاخبار المختلفة ظاهرا ما لا ينتفع به
كالمسوخ بناء على عدم وقوع الذكوة عليها اما لو جوزناه جاز بيعها لمن يقصد منفعتها
مذكاة وكذا لو اشتبه القصد حملا لفعل المسلم على الصحيح ولو علم منه قصد منفعة محرمة
كلعب الدب والقرد لم يصح ولو قصد منه حفظ المتاع امكن جوازه كذلك وعدمه لانه
منفعة نادرة وغير موثوق بها وبه قطع العلامة وفي الفيل تردد والاشبه جواز
بيعه للانتفاع بعظمه وجه التردد من عدم وقوع الذكوة عليه كما في المسوخ بناء على ذلك ومن
عظم الانتفاع بعظمه وورود النص به وان الصادق عليه السلم كان له منه مشط والاقوى جواز
بيعه كالجري هو بكسر الجيم وتشديد الراء مكسورة سمك طويل املس لا فلس له وليس
من المسوخ بحرمته غيره وغير الدعموص فقوله والضفادع معطوف على المسوخ وهو
خاير لها والتقدير لا يجوز بيع ما لا ينتفع به كالمسوخ والضفادع والسلاحف
والطافي هو من السمك المحلل ما مات في الماء وصف بذلك لانه اذا مات فيه طفا على
وجهه والسباع كلها وقيل يجوز بيع السباع كلها تبعا للانتفاع بجلدها او ريشها
وهو الاشبه الخ القول هو الاقوى لوقوع الذكوة عليها وكونها طاهرة منتفعا بها وقول

المصنف

قوله بناء اه اي القول بتاثير التذكية في الطهرة حتى صار جلده طاهرا فينتفع بجلده [illegible]

المصنف الا الهر والجوارح الخ استثناء من القول بالمنع من بيع السباع البتة ومنهم من
استثنى الفهد خاصة ومنهم من استثنى الفهد وسباع الطير خاصة فما حكاه المصنف
اولا من المنع ولا استثناء هو احد الاقوال في المسئلة ولعل تخصيصه من بين الاقوال حيث
وقع النص الصحيح على جواز بيع الفهد وسباع الطير فاستضعف حكاية خلافه خصوصا
مع ضعف مستنده واما الهر فنسب جواز بيعه في التذكرة الى علمائنا وهو يعطي
الاتفاق عليه فاستثناؤه هنا حسن ويؤيد ذلك قول الصادق عليه السلم لا باس بثمن
الهر كعمل الصور المجسمة اطلاق الصور يشمل ذوات الارواح وغيرها والتقييد
بالمجسمة يخرج الصور المنقوشة على نحو البساط والورق وقد صرح جماعة من الاصحاب
بتحريم التماثيل المجسمة وغيرها وخصه آخرون بذوات الارواح المجسمة والذي رواه
الصدوق في كتابه عقاب الاعمال في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلم قال ثلاثة
يعذبون يوم القيمة وعد منهم من صور صورة من الحيوان يعذب حتى ينفخ فيها وليس بنافخ
فيها وهذا يدل باطلاقه على تحريم تصوير ذوات الارواح مطلقا ولا دليل على تحريم غيرها
وهذا هو الاقوى والغنا الغنا ما مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب
فلا يحرم بدون الوصفين اعني الترجيع مع الاطراب وان وجد احدهما كذا عرفه جماعة
من الاصحاب ورده بعضهم الى العرف فما سمي فيه غنا يحرم وان لم يطرب وهو حسن
ولا فرق في ذلك بين كونه في شعر وقران وغيرهما واستثنى منه الحدا بالمد وهو سوق
الابل بالغنا لها وفعل المراة له في الاعراس اذا لم تتكلم بالباطل ولم تعمل بالملاهي ولم تسمع
صوتها الاجانب من الرجال وذهب جماعة من الاصحاب منهم العلامة في التذكرة
الى تحريم الغنا مطلقا استنادا الى اخبار مطلقة ووجوب الجمع بينها وبين ما
دل على الجواز هنا من الاخبار الصحيحة متعين حذرا من اطراح المقيد ومعونة
الظالمين بما يحرم احترز به عن مساعدتهم بالاعمال المحللة كالخياطة وغيرها فانه
جائز وان كان اخذ الاجرة منه مكروها من حيث معاملة الظالمين

کتابخانه آستان قدس

ونوح النايحه بالباطل يتحقق نوحها بالباطل بوصفها للميت ماليس فيه ويجوز بالحق
اذا لم يسمعها الاجانب وحفظ كتب الضلال ونسخها لغير النقض المراد حفظها من التلف
او على ظهر القلب وكلاهما محرم لغير النقض والحجة على اهلها لمن له اهليتهما لا مطلقا
خوفا على ضعفا البصيرة من الشبهة ومثله نسخها وكذا يجوز ان للتقيه وبدونها يجب
اتلافها ان لم يكن افراد مواضع الضلال والا اقتصر عليها حذرا من اتلاف ما نعدها لامن
الجلد والورق اذا كان لمسلم او محترم المال وهجا المومنين هو بكسر الهاء
والمد ذكر المعايب بالشعر وخرج للمومنين غيرهم فيجوز هجاوه كما يجوز لعنه ولا فرق
فى المومن هنا بين الفاسق وغيره اللهم الا ان يدخل فى مراتب النهى عن المنكر
بحيث يتوقف ردعه عليه فيمكن جوازه ح ان فرض وتعلم السحر هو كلام او كتابة
او رقيه او اقسام وعزايم ونحوها يحدث بسببها ضرر على الرجل ومنه عقد الرجل عن
زوجته بحيث لا يقدر على وطيها والقا البغضة بينهما ومنه استخدام للملائكة
والجن واستنزال الشياطين فى كشف الغايبات وعلاج المصاب واستحضارهم
وتلبسهم ببدن صبى او امراة وكشف الغايب على لسانه فيعلم ذلك واشباهه
وعمله وتعليمه كله حرام والتكسب به سحت ويقتل مستحله ولو تعلم ليتوقى به
او ليدفع به المتنبى بالسحر فالظاهر جوازه وربما وجب على الكفايه كما اختاره الشهيد
فى دروسه ويجوز حله بالاقسام والقرآن كما ورد فى رواية العلا وهل له حقيقة
او هو تخييل الاكثر على الثانى ويشكل بوجود اثره على كثير من الناس على الحقيقة
والتاثير بالوهم انما يتم لو سبق للقابل علم بوقوعه ونحن نجد اثره فيمن لا يشعر به اصلا
حتى يضربه ولو حمل تخيله على ما يظهر من تاثيره فى حركة الحيات والطير
ونحوهما امكن لا فى مطلق التاثير واحضار الجان وشبه ذلك فانه امر معلوم لا
يتوجه دفعه والكهانة هى بكسر الكاف عمل يوجب طاعة بعض الجان له
واتباعه له بحيث ياتيه بالاخبار الغايبه وهو قريب من السحر القيافه

هى الاستناد

هى الاستناد الى علامات ومقادير يترتب عليها الحاق بعض الناس ببعض ونحوه وانما يحرم
اذا جزم به او رتب عليه محرما والشعبذه عرفوها بانها الحركات السريعة التى يترتب
عليها الافعال العجيبه بحيث يلتبس على الحس الفرق بين الشىء وشبهه لسرعة الانتقال منه الى شبهه
والقمار هو اللعب بالالات المعدة له كالنرد والشطرنج ومنه اللعب بالخاتم ونحوهما
وما يترتب على ذلك كله من التكسب حرام يجب رده على مالكه ولو فعله الصبيان فالمكلف برده الولى
ولو جهل مالكه اصلا تصدق به عنه ولو انحصر فى قوم معينين وجب محاللتهم ولو بالصلح
والغش بما يخفى كشوب اللبن بالماء احترز به عما لا يخفى كمزج الحنطة بالتراب
وجيدها برديها ونحو ذلك فانه لا يحرم وان كره ثم على تقدير الخفا فالبيع صحيح وحكمه حكم
ما لو ظهر فى المبيع عيب من غير الجنس وربما احتمل البطلان بناء على ان المقصود بالبيع هو اللبن
والجارى عليه العقد هو المشوب فيكون كما لو باعه هذا الفرس فظهر حمارا وقد ذكروا فى هذا
المثال اشكالا من حيث تغليب الاشارة على الاسم والفرق بينه وبين ما نحن فيه واضح
وتدليس الماشطه اى تدليسها المراة باظهار محاسن ليست فيها من تحمير وجهها ووصل شعرها ونحوه وهو
محرم اذا اريد به التدليس كما دلت عليه العبارة ومثله ما لو فعلته المراة بنفسها من غير ماشطة
ولو انتفى التدليس كما لو كانت مزوجة فلا يحرم وشرط جماعه فى ذلك اذن الزوج وتزيين الرجل
بما يحرم عليه المحرم عليه من الزينه هو المختص بالنساء كلبس السوار والخلخال والثياب
المختصة بها بحسب العادة ويختلف ذلك باختلاف الازمان والاصقاع ومنه
تزيينه بالذهب وان قل وبالحرير زيادة عما استثنى له وكذا يحرم على المراة التزين بزينة الرجال
والتحلى بحليته المختصة به كلبس المنطقة والعمامة ولا فرق فى الامرين بين مباشرة
الفاعل لذلك بنفسه وتزيين غيره له الا ان المناسب للعبارة هنا فعل الغير لهما للتكسب به
اما فعلهما بانفسهما فلا يعد تكسبا الا على تجوز بعيد ما يجب على الانسان فعله
كتغسيل الموتى وتكفينهم ودفنهم هذا هو المشهور بين الاصحاب وعليه الفتوى وذهب المرتضى

الى جواز اخذ الاجره على ذلك لغير الولى بناء على اختصاص الوجوب به وهو ممنوع فان الوجوب
الكفائي لا يختص به وانما فائدة الولاية على اذنه فيسقط منه ما وقع بغيره مما يوقف على السنه وخرج بما
يجب فعله من ذلك ما يستحب كتغسيله بالغسلات المسنونه من تثليث الغسل وغسل يديه
وفرجه ووجهه على القول بندبه وتكفينه ما لقطع المندوبه وحفر قبره قامة مع تادى
الفرض بدونها ونقله الى ما يدفن فيه مع امكان دفنه فى القريب فان اخذ الاجره على ذلك
جايز للاصل وعدم المانع خلافا لبعض الاصحاب محتجا باطلاق النهى   اخذ الاجرة
على الاذان حرام ولا باس بالرزق من بيت المال هذا هو المشهور من الاصحاب وعليه العمل
وذهب المرتضى الى جواز اخذ الاجرة عليه بسويه بينها وبين الارتزاق وهو متروك والفرق
بينهما ان الاجرة تفتقر الى تقدير العمل والعوض وضبط المدة والصيغة الخاصة واما الارتزاق
فمنوط بنظر الحاكم لا يتقدر بقدر ومحله من بيت المال ما اعد للمصالح من خراج الارض
ومقاسمتها ونحوهما ولا فرق فى تحريم اخذ الاجره بين كونها من معين ومن اهل البلد والمحله
وبيت المال وهل يوصف اذان آخذ الاجرة بالتحريم فلا يعتد به ام يكون اخذ
الاجرة خاصة محرما نص بعض الاصحاب على الاول ووجهه العلامة فى المختلف بان
الاذن على هذا الوجه لا يكون مشروعا فيكون محرما وهو متجه ويشكل بان النيه
غير معتبرة فيه والمحرم هو اخذ المال لا نفس الاذان فانه عبادة او شعار واما اخذ
ما يعد للموذنين من اوقاف مصالح المساجد ونحوها فليس باجرة وان كان مقدرا
وكان هذا الباعث على الاذان نعم لا يثاب فاعله عليه الا مع تمحض ارادة القربة
الى الله تعالى به   والقضا على تفصيل يأتى التفصيل الموعود به هو انه
ان تعين عليه بتعيين الامام او بعدم احد به غيره حرم عليه اخذ الاجرة عليه لانه حينئذ
يكون واجبا والواجب لا يصح اخذ الاجرة عليه مطلقا والاصح المنع مطلقا الا من بيت المال
على جهة الارتزاق فيتقيد بنظر الامام ولا فرق فى ذلك بين اخذ الاجرة من السلطان
ومن اهل البلد والمتحاكمين بل الاخير هو الرشوة التى ورد بالله وبرسوله   ولا باس باخذ

الاجرة

الاجرة على عقد النكاح اى على مباشرة الصيغة من احد الجانبين او منهما فان ذلك غير واجب اما تعليم
الصيغة والقاؤها على المتعاقدين فهو من باب تعليم الواجب فلا يجوز اخذ الاجره عليه وكذا غيره
من العقود واما الخطبه بالضم بمعنى حمد الله تعالى والصلوة على رسوله وذكر ما ناسب المقام عنده
وبالكسر بمعنى طلب الزوجه من نفسها او وليها او اقاربها ومجاوريهم فى ذلك فيجوز اخذ الاجرة
عليه ايضا لانه ليس بواجب   ما يكره لانه يفضى الى محرم او مكروه غالبا كالصرف وبيع
الاكفان والطعام والرقيق واتخاذ الذبح والنحر صنعة   قد علل فى الاخبار افضاء هذه المذكورات
الى المحرم او المكروه فعلل الصرف بانه لا يسلم فاعله من الربا وبيع الاكفان بتمنى الوباء والطعام بتمنى الغلاء
وورد فى بيع الرقيق بان شر الناس من باع الناس وان الجزار يسلب الرحمة من قلبه والمستفاد
من المكروه اتخاذ هذه الامور حرفة وصنعة لا مجرد فعلها كما لو احتاج الى صرف دينار
او ذبح شاة ونحو ذلك والتعليل بنفسه ايضا فى غير بيع الرقيق ويظهر من العبارة ان كراهة ما عدا الذبح
والنحر عامة لتجردها صنعة وغيره بقرينه تقييدهما باتخاذهما ومقتضى الدليل عدم الفرق
واعلم ان هذه العواقب المفضى اليها بعضها محرم وهو الربا وبعضها مكروه كعاقبة بيع الرقيق
فان المراد من قوله شر الناس فليهم خيرا وبركة لا ان فيه شرا يترتب عليه محرم هذا هو الظاهر
وان اريد به هذا المعنى وان بيعهم يفضى الى فعل المحرم المستلزم للشر ايضا فهو ايضا من قبيل المحرم
واما عاقبة الجزارة وهى قسوة القلب فالظاهر انها مكروهة لا غير وقد ورد ان قاسى القلب
بعيد من رحمة الله تعالى   وفى بعض الاخبار تعليل بيع الطعام بانه لا يسلم من الاحتكار وحينئذ
يبنى على ان الاحتكار هل هو مكروه او محرم فيلحق باحد الوصفين وقد ظهر بذلك معنى
قول المص بان هذه الامور يفضى الى محرم او مكروه وان اكثرها محرم او كلها وهو السر فى تقديم
ذكره   وما يكره لضعته كالنساجة اراد بالنساجة هنا ما يعم الحياكة وكلاهما
مكروه موكد فى الاخبار حتى ورد فى بعضها عن الصادق عليه السلم ان ولد الحايك لا ينجب الى سبع بطون
وهل اللفظان مترادفان كما يشعر به اقتصار المص على احدهما او يختص النساجة ببعض الاجناس
كالرقيق والحياكة بغيره او يكون النساجه اعم من الحياكة مطلقا احتمالات وفى الصحاح

نسج الثوب وحائكه واحد   والحجامة اذا اشترط اى اشترط الاجرة على فعله سواء عينها ام اطلق
فلا يكره لو عمل بغير شرط وان بذلت له بعد ذلك كما دلت عليه الاخبار وهذا في طرف الحاجم اما المحجوم فعلى
الضد يكره له ان يستعمله من غير شرط ولا يكره معه فكراهة كسب الحجام مخصوصة باشتراطه   وضراب الفحل
اى يكره التكسب به بان يواجره لذلك ومنع منه بعض العامة والنصوص مصرحة بجوازه ولا بد من
ضبطه بالمرة والمرات او بالمدة ولو دفع اليه صاحب الدابة على جهة الهدية او الكرامة فلا كراهة
وكسب الصبيان اى الكسب المجهول اصله فانه يكره لوليهم التصرف فيه على الوجه السائغ وكذا
يكره لغيره شراؤه من الولى لما يدخله من الشبهة الناشئة من اجتراء الصبى على ما يحرم لجهله او تحليه
بارتفاع العلم عنه ولو علم يقينا اكتسابه له من المباح فلا كراهة كما انه لو علم تحصيله او بعضه
حق لامن من حرام كالقمار وجب اجتنابه وفى حكم الصبيان من لا يتورع عن المحارم
كالاماء فى بعض البلاد   لا يجوز بيع شئ من الكلاب الا كلب الصيد وفى كلب الماشية
والزرع والحائط تردد والاشبه المنع لا خلاف فى جواز بيع كلب الصيد فى الجملة لكن خصه
الشيخ رحمه الله بالسلوقى كما لا خلاف فى عدم صحة بيع كلب الهراش وهو ما خرج عن
الكلاب الاربعة ولم يكن جروا والاصح جواز بيع الكلاب الثلاثة لمشاركتها كلب الصيد فى المعنى
المسوغ لبيعه ودليل المنع ضعيف السند قاصر الدلالة وفى حكمها الجرو القابل للتعليم ولا يشترط
فى جواز اقتنائها وجود ما اضيفت اليه فلو هلكت الماشية او باعها وحصد الزرع واستغلى
الحائط لم يزل ملكه عنها وكلب الدار يلحق بكلب الحائط واعلم ان العلامة فى النهاية استشكل جواز
بيع كلب الصيد مطلقا وفى القواعد ما يؤذن بالخلاف فيه لكن ادعى جماعة من الاصحاب
الاجماع عليه كما بيناه ولا نعلم خلافا لاحد منهم فى غير السلوقى فان كان فيه خلاف فهو
ضعيف جدا بل الظاهر عدمه ويمكن كون الاشكال فى الخلاف عائدا اليه بالنظر الى مجموع افراده
وان حصل الاتفاق على بعضها واما اجارتها فلا اشكال فى جوازها لان لها منافع محللة
مقصودة وهو الفارق بين البيع والاجارة نظرا الى نجاسة اعيانها   ولكل واحد من
هذه الاربعة دية لو قتلها غير المالك وربما نقل بعضهم من ثبوت ديتها جواز بيعها التفاتا
الى ذلك

الى ذلك فى مقابلة القيمة فانك تجد كل ما له دية لا قيمة له كما فى الحر وما له قيمة لا دية له كما فى الحيوان
المملوك غير الآدمى   الرشا حرام سواء حكم لباذله او عليه بحق او باطل الرشا بضم اوله وكسره
مقصور جمع رشوة بهما وهو اخذ الحاكم مالا لاجل الحكم وعلى تحريمه اجماع المسلمين وعن الباقر عليه السلم
انه الكفر بالله تعالى وبرسوله وكما يحرم على المرتشى يحرم على المعطى لاعانته على الاثم والعدوان
الا ان يتوقف عليه تحصيل حقه فيحرم على المرتشى خاصة   اذا دفع الانسان مالا الى غيره
ليصرفه فى قبيل وكان المدفوع اليه بصفتهم فان عين عمل بمقتضى تعيينه والا جاز ان
يأخذ مثل احدهم من غير زيادة وقد اختلف فى هذه المسئلة كلام الاصحاب فجوزها للوكيل
ومنعه فى النافع وكذلك اختلف فيها كلام الشيخ ثم ابن ادريس ثم العلامة بعد المحقق
ووجه هذا الاضطراب من اصالة الجواز وكون الوكيل متصفا بما عين له من اوصاف
المدفوع اليهم لانه المفروض ويدل على الجواز ما رواه الحسين بن عثمن عن الكاظم عليه السلم
فى رجل اعطى مالا ليفرقه فيمن يحل له أله ان يأخذ منه شيئا لنفسه ولم يسم له قال
يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره ومثلها رواية عبد الرحمن بن الحجاج عن الكاظم عليه السلم
وفى طريقها محمد بن عيسى عن يونس وفى هذا المستند كلام وهاتان الروايتان ذكرهما الشيخ
فى التهذيب فى كتاب الزكوة وقل من تعرض لهما فى الاحتجاج مع كونهما معتبرى الاسناد
ومن رواية عبد الرحمن بن الحجاج الدالة على المنع وهى صحيحة السند غير انها مقطوعة لم يصرح
فيها باسم الامام فانه قال فيها سألته عن رجل اعطى رجلا مالا ليقسمه فى محاويج وفى
مساكين وهو محتاج ايأخذ لنفسه ولا يعلمه قال لا يأخذ منه شيئا حتى يأذن له
صاحبه والظاهر ان الصادق او الكاظم عليهما السلم هو المسئول لان عبد الرحمن بن الحجاج
روى عنهما ثم عمل بها الجماعة وايضا فجلالة حال هذا الراوى وثقته يوجب الظن
الغالب بكون المسئول هو الامام لكن لتطرق الاحتمال قام الاشكال وقل من ذكر
من الاصحاب ان وجه مخالفتها مقطوعة وانما يعرفون صحتها ساكتين عليها واعلم

ان العلامة قال في التحرير عند ذكر الرواية انها صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام وهو
شهادة بالاتصال ولعله رحمه الله اطلع على المسئول من محل آخر غير المشهور من كتب الحديث او الشيخ
رحمه الله جمع بين الروايات بحمل هذه على الكراهة ولا باس به ولو دلت القرائن الحالية او المقالية
على تسويغ اخذه قوي القول بالجواز وحينئذ ياخذ كغيره لا ازيد هكذا شرطه كل من سوغ له
الاخذ وصرح به في الروايتين المجوزتين وظاهر هذا الشرط انه لا يجوز له تفضيل بعضهم على بعض لانه
من جملتهم ويتجه ذلك اذا كان المعين للصرف محصورا اما لو كان غير محصورين كالفقراء فيجوز
التفاضل مع عدم قرينة خلافه اوضح خصوصا اذا كان المال من الحقوق الواجبة كالزكوة
فان التسوية فيها ليست بلازمة والمسئلة مفروضة فيما هو اعم من الواجب والندب ويجوز
له ان يدفع الى عياله واقاربه كما يدفع الى غيرهم على القولين اقتصارا في موضع المنع على مدلول الرواية
وهو نفسه ولا فرق على القولين بين ان يقول له الآمر اقسمه او اصرفه او ادفعه اليهم او ضعه فيهم و
غيرهم لاشتراك الجميع عرفا في المعنى ومنهم من فرق فجوز له الاخذ ان كانت الصيغة
ضعه فيهم او ما ادى معناه ومنعه ان كانت بلفظ ادفعه او اصرفه ونحوهما وليس بشيء
ولو امن ذلك وقدر على الامر بالمعروف استحبت هذه المسئلة قد سبق شطر منها
في كتاب الامر بالمعروف وانه يجوز له اقامة الحدود على الوجه الذي فصلناه وقد اطلقوا
هنا جواز التولية او استحبابها في الغرض المذكور مع امن من اعتماد المحرم والقدرة
على الامر بالمعروف ومقتضى هذا الشرط وجوب التولية او استحبابها لان القادر
على الامر بالمعروف يجب عليه وان لم يوله الظالم ولعل وجه عدم الوجوب كونه صورة
الناس عن الظالم وعموم النهي عن الدخول معهم وتسويد الاسم في ديوانهم فاذا لم يبلغ حد
المنع فلا اقل من الحكم بعدم الوجوب ولا يخفى ما في هذا التوجيه جاز له الدخول
دفعا للضرر اليسير على كراهة وتزول الكراهة لدفع الضرر الكثير كالنفس او المال الخ
قد تقدم في باب الامر بالمعروف ان ضابط الاكراه المسوغ للولاية الخوف على النفس

اوالمال

او المال او العرض عليه او على بعض المؤمنين على وجه لا ينبغي تحمله عادة بحسب حال
المكره في الرفعة والضعة بالنسبة الى الاهانة واما ما ذكره هنا من الضرر اليسير والكثير
في الحكم بالكراهة وعدمها فيمكن الرجوع فيه الى العرف فما عد يسيرا منه ينبغي تحمله
دون الكثير ولا يخفى ان المراد مع عدم تمكنه من الامر بالمعروف وعدم امره من الدخول
في المحرم والا لم يكره بل يجوز الدخول مع الاكراه وان علم الدخول في المحرم كما سياتي
اذا اكرهه الجائر على الولاية جاز له الدخول والعمل بما يامره مع عدم القدرة على التفصي
الا في الدماء المحرمة فانه لا تقية فيها قد ذكر المصنف رحمه الله في هذه المسئلة شرطين
احدهما الاكراه والثاني عدم قدرة المامور على التفصي وهما متغايران فان الاكراه
يجوز ان يجامع القدرة كما عرفت من تعريفه فالثاني اخص من الاول والظاهر ان
مشروطهما مختلف فالاول شرط لاصل قبول الولاية والثاني شرط للعمل بما يامره من المظالم
وهما متغايران ايضا لان التولية لا تستلزم الامر بالمظالم بل يجوز ان يوليه شيئا من الاعمال
ويرد امره الى رايه كما قد علم في المسئلة السابقة من جواز قبول الولاية بل استحبابها
اذا تمكن من اقامة الحق واما امره بشيء من المحرمات فقد يكون مع الولاية وقد
ينفك عنها كما اذا الزم الظالم شخصا باخذ شيء من الاموال المحرمة او الاعمال لكن اذا تقرر
ذلك فنقول ان اخذت الولاية منفكة عن الامر بحرام فقبولها لا يتوقف على الاكراه مطلقا
كما ذكره هنا بل قد يجوز وقد يكره وقد يستحب بل قد يجب كما قد تقدم فجعل
الاكراه شرطا في قبول الولاية مطلقا غير جيد واما العمل بما يامره به من الامور المحرمة فانه
مشروط بالاكراه خاصة كما سلف في باب الامر بالمعروف ما لم يبلغ الدماء ولا يشترط فيه
الالجاء اليه بحيث لا يقدر على خلافه وقد صرح الاصحاب بذلك في كتبهم
فاشتراطه عدم القدرة على التفصي غير واضح الا ان يريد به اصل الاكراه ويكون التعبير
عنه بذلك غير حسن فتبين ان كل واحد من الشرطين غير جيد لمشروطه ان جعلنا

للشروط متعددا وان جعلناه متحدا مركبا من الامرين بمعنى جواز الولاية والعمل
بامره مع الاكراه وعدم القدرة على التفصي حسن قيد الاكراه وغاير ما سبق لكن سيجي
الكلام في الشرط الثاني فان الاكراه مسوغ لامتثال الامر وان قدر على المخالفة مع خوف
الضرر المتقدم وسيجي ايضا مسئلة ما لو اكره على الفعل وان لم يكن متوليا الولاية فانه يجوز له
الامتثال وبقي في العبارة امر آخر وهو تعليق العمل بما يامره مطلقا على شرط مع ظهور ان امره قد
لا يكون بمحرم الذي هو مناط الاشتراط لكن الامر هنا سهل لظهور المراد ومقتضى استثناء الدماء
انه لا فرق فيها بين ان يكون بطريق القتل والجرح وبه صرح الشيخ رحمه الله في الكلام
وربما قيل بقصره على القتل وقد تقدم الكلام فيه ويشمل قوله والعمل بما يامره الا في الدماء كونه
بطريق المباشرة للفعل مثلا والتسبيب كالافتاء فيها والامر بها وبهذا حصلت المغايرة
بين هذه المسئلة والمتقدمة في كتاب الامر بالمعروف فان تلك مخصوصة بالحكم لانه فرضها
في القضاء   جوائز الظالم ان علمت حراما بعينها فهو حرام التقييد بالعين اشارة الى
جواز اخذها وان علم ان في ماله مظالم كما هو مقتضى حال الظالم ولا يكون حكمه حكم المال
المختلط بالحرام في وجوب اجتناب الجميع للنص على ذلك نعم يكره اخذها حينئذ
ان جهله او تعذر الوصول اليه تصدق بها عنه المراد بالمالك ما يعم المأخوذ منه
ووارثه لانه يصير بعد موته مالكا وانما يجوز الصدقة بها عنه مع الياس من معرفته
والوصول اليه ولو ظهر بعد ذلك ولم يرض بالصدقة ضمن له القيمة او المثل ويجوز له
دفعها الى الحاكم وابقاؤها في يده امانة ولا ضمان فيهما ولو اشتبه المالك في قوم محصورين
تعين عليه التخلص منهم ولو بطريق الصلح   ولا يجوز اعادتها على غير مالكها مع الامكان
احترز به عما لو اخذها الظالم المذكور او غيره منه قهرا فانه لا يحرم عليه لعدم الاختيار
وهل يضمن حينئذ قيل نعم لعموم قوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدي
والاقوى التفصيل وهو انه ان كان قد قبضها من الظالم عالما بكونها مغصوبة ضمن
واستمر الضمان وان اخذت منه قهرا وان لم يعلم حالها حتى قبضها لم تبين كونها

مغصوبة

مغصوبة ولم يقصر في ايصالها الى مالكها ولا في حفظها لم يضمن والفرق بين الحالين واضح فان يده
في الاول عادية مستصحبة حكم الضمان كما لو تلفت بغير تفريط وفي الثاني يد امانة مستصحبة
كما لو تلفت بغير تفريط والغرض كون الاخذ قهريا وعبارة المصنف تشمل الامرين وتدل بمفهومها على
جواز دفعها مع عدم الامكان ولا كلام فيه انما الكلام في الضمان وصرح بعض الاصحاب
بالضمان في الصورتين والتفصيل اجود   وما ياخذه السلطان الجائر من الغلات باسم المقاسمة
او الاموال باسم الخراج عن حقوق الارض ومن الانعام باسم الزكوة يجوز ابتياعه والمقاسمة
حصة من حاصل الارض يؤخذ عوضا عن زراعتها والخراج مقدار من المال يضرب على الارض
او الشجر حسب ما يراه الحاكم ونبه بقوله باسم المقاسمة وباسم الخراج على انهما لا يتحققان
الا بتعيين الامام العادل الا ان ما ياخذه الجائر في زمن تغلبه قد اذن ائمتنا صلوات الله
عليهم في تناوله منه واطبق عليه علماؤنا لا نعلم فيه مخالفا وان كان ظالما في اخذه لاستلزام
تركه والقول بتحريمه الضرر والحرج العظيم على هذه الطائفة ولا يشترط رضا المالك
ولا يقدح فيه تظلمه ما لم يتحقق الظلم بالزيادة عن المعتاد اخذه من عامة الناس في ذلك
الزمان واعتبر بعض الاصحاب في تحققها اتفاق السلطان والعمال على القدر وهو
بعيد الوقوع والوجه وكما يجوز ابتياعه واستيهابه يجوز سائر المعاوضات ولا يجوز
تناوله بغير اذن الجائر ولا يشترط قبض الجائر له وان افهم قوله ما ياخذه فلو احاله به
او وكله في قبضه او باعه وهو في يد المالك او ذمته حيث يصح البيع كفى ووجب
على المالك الدفع وكذا القول فيما ياخذه باسم الزكوة ولا يختص ذلك بالانعام كما افادته
العبارة بل حكم زكوة الاموال والغلات كذلك لكن يشترط هنا ان لا ياخذ الجائر زيادة
على الواجب شرعا في مذهبه وان يكون صرفه لها على وجهها المعتبر عندهم بحيث
لا يعد عندهم غاصبا اذ يمتنع الاخذ منه عندهم ايضا ويحتمل الجواز مطلقا نظرا الى
اطلاق النص والفتوى ويجري مثله في المقاسمة والخراج لان مصرفهما بيت المال
وله ارباب مخصوصون عندهم ايضا وهل تبرأ ذمة المالك من اخراج الزكوة

مرة اخرى بحمله كما في الخراج والمقاسمة مع ان حق الارض واجب للمستحق مخصوص والمعلل
بكون دفع ذلك حقا واجبا عليه وعدمه لان الجائر ليس نائبا عن المستحقين فتعذر النية
ولا يصح الاخراج بدونها وعلى الاول تعتبر النية عند الدفع اليه كما تعتبر في سائر الزكوات والاقوى
عدم الاجتزاء بذلك بل غايته سقوط الزكوة عما ما اخذه اذا لم يفرط فيه ووجوب دفعه اليه
اعم من كونه على وجه الزكوة والمضي معهم في احكامهم والتحرز عن الضرر بمباينتهم ولو قطع
الجائر ارضا مما يقسم او يخرج او عاوض عليها فهو تسلط منه عليها فيجوز للمقطع والمعاوض
اخذهما من الزراع والمالك كما يجوز احالته عليه والظاهر ان الحكم مختص بالجائر المخالف
للحق نظرا الى معتقده من استحقاقه ذلك عندهم فلو كان مؤمنا لم يحل اخذ ما اخذه
منها لاعترافه بكونه ظالما فيه وانما المرجع حينئذ الى راي حاكم الشرعي مع احتمال
الجواز مطلقا نظرا الى اطلاق النص والفتوى ووجه التقييد اصالة المنع الا ما اخرجه
الدليل وتناوله للمخالف متحقق والسؤال عنه للائمة عليهم السلم انما كان مخالفا للحق فيبقى الباقي
وان وجد مطلقا مطلق فالقرائن دالة على ارادة المخالف منه التفاتا الى الواقع والغالب

العقد هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك الى آخر بعوض معلوم اختلف
عبارات الاصحاب في حقيقة البيع فجعله جماعة منهم المص في النافع والشهيد رحمهما الله
نفس الايجاب والقبول الناقلين لملك الاعيان واحتج عليه بان ذلك هو المتبادر عرفا
من معنى البيع فيكون حقيقة فيه وذهب آخرون الى انه اثر العقد وهو انتقال
العين ورده الشهيد رحمه الله في بعض فوائده الى الاول نظرا الى ان الصيغة المخصوصة
سبب في الانتقال واطلاق اسم السبب على المسبب وعرف المعينات بالغاية ووجه نظر
لان الاطلاق المذكور مجازي يجب الاحتراز عنه في التعريفات الكاشفة للماهية
الا مع قيام قرينة واضحة وهو منتف واما التعريف بالغاية بهذا المعنى فغير جائز لان
حملها على المعنى حمل المواطاة اعني حمل هو هو والغاية مما لا يصح حملها كذلك وانما يدخل

الغاية في التعريفات

الغاية في التعريفات على معنى اخذ لفظ يمكن حمله على المعرف الغاية وغيرها من
العلل التي لا يصح حملها عليه حمل المواطاة وهو هنا منتف اذا تقرر ذلك فيعدل الى عبارة المص
فقوله العقد هو اللفظ الدال الخ بحسب ظاهره تعريف لعقد البيع لا للبيع نفسه فلا يكون احد
التعريفين بل تعريف لمعنى آخر ويشعر بكون البيع ليس هو العقد فيكون اختيارا للمعنى الآخر
وهو الانتقال او ما قاربه فيختلف نظره في الكتابين كما اختلف نظر العلامة حيث
عرفه في كثير من كتبه بالمعنى الاول واختار في المختلف الثاني ويمكن حمل عبارة المص
على ما يوافق النافع بجعل الاضافة في قوله عقد البيع بيانية واللام في قوله
العقد للعهد الذكري فيكون العقد عبارة عن البيع وهو اللفظ الدال الخ
ثم اللفظ في التعريف بمنزلة الجنس البعيد للبيع او جنسه القريب على هذا التقدير
نفس الايجاب والقبول المقيدين بما يخرج غيره من العقود وما في التعريف بمنزلة
الخاصة المركبة يخرج بها غيره من العقود الدال لفظها على اباحة منفعة او تسلط
على تصرف او نقل الملك بغير عوض كالهبة والوديعة والمضاربة والوكالة
والوصية وغيرها من العقود التي لا يجمع ما ذكر من المحترزات ودخل في اطلاق
الملك ما كان ملكا للعاقد ولغيره فدخل بيع الوكيل والولي وخرج بغير المعلوم
الهبة المشترط فيها مطلق الثواب وهبة الادنى للاعلى على قول من اوجب
العوض في مطلق الهبة على قول الشيخ في المبسوط ودخل فيه بيع المكره حيث يقع
صحيحا فانه لم يعتبر التراضي كما فعل غيره وبقي به امور الاول يرد على طرده
اللفظ الدال على ذلك بلفظ الاخبار فانه ليس ببيع لانه من قبيل الانشاء وليس في
التعريف ما يخرجه الثاني ان الملك يشمل الاعيان والمنافع فينتقض ايضا في
طرده بالاجارة فان عقدها ايضا لفظ دال على نقل الملك وهو المنفعة بعوض معلوم

الثالث ينتقض ايضا بالهبة المشروطة فيها عوض معين فان التعريف يشملها وليست بيعا الرابع يدخل فيه ايضا الصلح المشتمل على نقل الملك بعوض معين فانه ليس بيعا عند المصنف الخامس ينتقض في عكسه باشارة الاخرس ونحوه المفيدة للبيع فانها ليست لفظا مع صحة البيع اجماعا فلا بد من ادخاله في التعريف بان يقول اللفظ او ما قام مقامه ونحوه السادس ان كان المعرف البيع الصحيح واريد ذكر شرايط صحته في التعريف لم يحسن الاقتصار على معلومية العوض وان العوض كذلك وغيرهما من الشروط وقد يستغنى عن الجميع بقوله اللفظ الدال على النقل فان البيع الذي لا يجتمع شرايط صحته لا يدل صيغته على نقل الملك وان اريد الاعم من الصحيح والفاسد استغنى عن التعرض لمعلومية العوض والتحقيق انه يستغنى عنها مطلقا لان شرط الشيء خارج عن حقيقته فلا يكون له دخل في تعريف ماهيته ويمكن ان يقال ان ذكر معلومية العوض ليس على وجه الاشتراط بل لتخصيص لمورد المعرف لئلا يشتمل اللفظ الدال على نقل العين بعوض مجهول فانه ليس بيعا صحيحا والمقصود تعريف الصحيح لكن يبقى منه الاخلال بمعلومية المعوض وكمال المتعاقدين فان ذكرهما يحقق مورد البيع ويمنع من دخول غير المقصود فيه فلا وجه لتخصيص معلومية العوض ويبقى الكلام في دلالة اللفظ الدال على النقل على ذلك كله فانه بدون الامور المعتبرة في صحة البيع شرعا لا يدل على النقل المذكور لان الغرض الدلالة شرعا بحيث يتحقق معه النقل والا فمجرد ايهام النقل مع عدم وقوعه شرعا غير كاف في تحقق العرف ولا يكفي التقابض من غير لفظ وان حصل من الامارات ما يدل على ارادة البيع هذا هو المشهور بين الاصحاب بل كاد يكون اجماعا غير ان ظاهر كلام المفيد يدل على الاكتفاء في تحقق البيع بما دل على الرضا به من المتعاقدين اذا عرفاه وتقابضا وقد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب الى ذلك ايضا لكن يشترط في الدال كونه لفظا

والاطلاق كلام المفيد

والاطلاق كلام المفيد اعم منه والنصوص المطلقة من الكتاب والسنة الدالة على حل البيع وانعقاده من غير تقييد بصيغة خاصة يدل على ذلك فانا لم نقف على دليل صريح في اعتبار لفظ معين غير ان الوقوف مع المشهور هو الاجود مع اعتضاده باصالة بقاء ملك كل واحد بعوضه الى ان يعلم الناقل فلو وقع الاتفاق بينهما على البيع وعرف كل منهما رضا الاخر بما يصير اليه من العوض الجامع لشرايط البيع غير اللفظ المخصوص لم يفد اللزوم لكن هل يفيد اباحة تصرف كل منهما فيما صار اليه من العوض نظرا الى اذن كل منهما للآخر في التصرف ام يكون بيعا فاسدا من حيث اختلال شرطه وهو الصيغة الخاصة المشهور الاول فعلى هذا يباح لكل منهما التصرف ويجوز له الرجوع في المعاوضة ما دامت العين باقية فاذا ذهبت لزمت اما جواز التصرف فلما مر من تسلط كل منهما الاخر على دفعه اليه واذنه له فيه ولا معنى لاباحة التصرف الا ذلك واما لزومها مع التلف فلرضاهما بكون ما اخذه كل منهما عوضا عما دفعه فاذا تلف ما دفعه كان مضمونا عليه الا انه قد رضي بكون عوضه ما بيده فان كان ناقصا فقد رضي به وان كان زائدا فقد رضي به الدافع ويكون بمنزلة ما لو دفع المديون عرضا عما في ذمته ورضي به صاحب الدين وفيه نظر واذا تقرر ذلك فتنقيح المحل يتم بمباحث الاول هل المراد بالاباحة الخاصة له بالمعاطاة قبل ذهاب العين افادة ملك متزلزل كالبيع في زمن الخيار وبالتصرف يتحقق لزوم الاباحة المحضة التي هي بمعنى الاذن في التصرف وبحقيقة يحصل الملك له وللعين الاخرى يحتمل الاول بناء على ان المقصود للمتعاقدين انما هو الملك فاذا لم يحصل كانت فاسدة ولم يجز التصرف في العين وان الاباحة اذا لم يقتض الملك والذي اوجب حصوله بعد ذهاب العين الاخرى

وعبارة العلامة في التحرير كالصريحة في اعادة هذا المعنى لانه قال الاقوى عندي ان المعاطاة
غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية ومعنى تجويز الفسخ ثبوت الملك
في الجملة وكذا تسميتها معاوضة والحكم باللزوم بعد الذهاب ويحتمل الثاني
التفاتا الى ان الملك لو حصل بها لكانت بيعا ومدعاهم نفي ذلك واحتجاجهم بان الناقل للملك
لا بد ان يكون من الاقوال الصريحة في الانشاء المنصوبة من قبل الشارع وانما حصل الاباحة
باستلزام اعطاء كل منهما للآخر سلعته مسلطا له عليها الاذن في التصرف فيها بوجوه التصرفات
فاذا حصل كان الآخر عوضا عما قابله لتراضيهما على ذلك وقبله يكون كل واحد من العوضين
باقيا على ملك مالكه فيجوز له الرجوع فيه ولو كان بيعا قاصرا عن افادة الملك المترتب عليه
لوجب كونها بيعا فاسدا اذا لم يجمع شرائط صحته وما جاء من قبل الشارع ان البيع على قسمين
ما حصل فيه الايجاب والقبول على وجههما اللازم وما حصل فيه التراضي بدونه جائز
ومن ثم ذهب العلامة في النهاية الى كونها بيعا فاسدا وانه لا يجوز لاحدهما التصرف
فيما صار اليه اصلا وعلى الوجهين يتفرع النماء فان قلنا بالاول كان تابعا للعين في
الانتقال وعدمه وان قلنا بالثاني احتمل كونه مباحا لمن هو في يده وعدمه واما
وطء الجارية فالظاهر انه كالاستخدام يدخل في الاباحة ضمنا واما العتق
فعلى الاول يكون جائزا لانه مملوك وعلى الثاني يتجه العدم اذ لا عتق الا في ملك
وهذا مما يرجح الاول لان من اجاز المعاطاة سوغ انواع التصرفات الثاني
لو تلفت العينان معا تحقق الملك فيهما ولو تلفت احديهما خاصة فقد صرح جماعة
بالاكتفاء به في تحقق ملك الاخرى نظرا الى ما قدمناه من جعل الباقي عوضا عن التالف
لتراضيهما على ذلك الثالث لو تلف بعض احديهما احتمل كونه كتلف الجميع
وبه صرح بعض الاصحاب محتجا بامتناع التراد في الباقي اذ هو موجب لتبعض الصفقة
وبالضرر

وبالضرر لان المطلوب هو كون احديهما في مقابل الاخرى وفيه نظر فان تبعض الصفقة
لا يوجب بطلان اصل المعاوضة بل غايته جواز فسخ الاخرى فيرجع الى المثل او القيمة
كما في نظائره واما الضرر الحاصل من التبعيض المنافي لمقصودهما من جعل احديهما في مقابلة
الاخرى فمستند الى تقصيرهما في التحفظ بايجاب البيع كما لو تبايعا بيعا فاسدا ويحتمل
ايضا ان يلزم من العين الاخرى في مقابلة التالف ويبقى الباقي على اصل الاباحة
بدلالة ما قدمناه الرابع لو نقل احدهما العين عن ملكه فان كان لازما كالبيع
والهبة بعد القبض والوقف والعتق فكالتلف وان كان جائزا كالبيع في زمن
الخيار فالظاهر انه كذلك لصدق انتقال الملك عنه فيكون كالتلف وعودها بالفسخ
احداث ملك آخر بناء على ان المبيع يملك بالعقد وان كان هناك خيار اما الهبة
قبل القبض فالظاهر انها غير مؤثرة لانه جزء السبب المملك مع احتماله لصدق التصرف
وقد اطلق جماعة انها تملك بالتصرف الخامس لو تصرف فيها تصرفا غير ناقل
للملك ولا مخرج لسببه فان لم يتغير المعين به عن صفتها كالاستخدام ولبس الثوب
فلا اثر له في اللزوم وان اوجب تغيرا الى حالة اخرى كطحن الحنطة وصبغ الثوب
احتمل كونه كذلك لاصالة بقاء الملك مع بقائه ولزوم المعاطاة بذلك وبه جزم
بعض الاصحاب لما تقدم من امتناع الترادّ بسبب المحدد وعندي فيه اشكال
ولو اشتبهت بغيرها او امتزجت بحيث لا يتميز فان كان بالاجود فكالتلف
وان كان بالمساوي او الاردى احتمل كونه كذلك لامتناع السابع
الترادّ على الوجه الاول واختاره جماعة ويحتمل العدم في الجميع لاصالة البقاء
الثامن لو رجع في العين او بعضها وقد استعملها من هي في يده لم يرجع عليه
بالاجرة ولو كانت قد نمت فان كان باقيا رجع به وان كان تالفا فلا لتسليطه
على التصرف فيه بغير عوض التاسع على تقدير لزومها باحد الوجوه

المذكورة فهل تصير بيعًا او معاوضة براسها يحتمل الاول لان المعاوضات محصورة وليس
احدهما وكونها معاوضة براسها يحتاج الى دليل ويحتمل الثاني لاطباقهم على انها ليست
بيعا حال وقوعها فكيف تصير بيعا بعد التلف وتظهر الفائدة في ترتب الاحكام المختصة
بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن او بعضه وعلى تقدير ثبوته فهل الثلاثة
من حين المعاطاة ام من حين اللزوم كل محتمل ويشكل الاول بقولهم انها ليست بيعًا
والثاني بان التصرف ليس معاوضة بنفسه اللهم الا ان يجعل المعاطاة جزء السبب والتلف
تمامه والاقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا بناء على انها ليست لازمة وانما يتم
على قول المفيد ومن تبعه اما خيار العيب والغبن فيثبتان على التقديرين كما ان
خيار المجلس منتف العاشر لو وقعت المعاملة ببعض احد العوضين
خاصة كما لو دفع اليه سلعة بثمن وافقه عليه او دفع اليه ثمنا عن عين موصوفة
بصفة السلم فتلف العوض المقبوض ففي لحوق احكام المعاطاة ولزوم الثمن المسمى
والثمن الموصوف نظر من عدم صدقها اسمها لانها مفاعلة تتوقف على العطاء من الجانبين
ولم يحصل والاقتصار بما خرج عن الاصل على موضع اليقين ان كان ومن صدق التراضي
على المعاوضة وتلف العين المدعى كونه كافيا في التقابض من الجانبين والظاهر
ان الحكم واحد وقد ذكر اولهما شيخنا الشهيد في الدروس والحمد
ذكر بعض الاصحاب ورود المعاطاة في الاجارة والهبة بان يامره بعمل معين ويعين له
عوضا فيستحق الاجرة بالعمل ولو كان اجارة فاسدة لم يستحق شيئا مع علمه
بالفساد بل لم يجز له العمل والتصرف في ملك المستاجر مع اطباقهم على جواز ذلك
واستحقاق الاجر انما الكلام في تسميته معاطاة في الاجارة لو ذكر في مثال
الهبة ما لو وهبه بغير عقد فيجوز للقابض اتلافه ويملكه به ولو كانت هبة فاسدة
لم يجز ولا باس به الا ان في مثال الهبة نظرا من حيث ان الهبة لا تختص بلفظ
بل كل لفظ دال على التمليك بغير عوض كاف فيها كما ذكروه في بابه وجواز التصرف

في المثال

في المثال المذكور موقوف على وجود لفظ دال عليها فتكون كافية في الايجاب اللهم
الا ان يعتبر القبول القولي مع ذلك ولا يحصل في المثال فيتجه ما قاله
سواء في ذلك الحقير والخطير رد به على بعض العامة حيث اكتفى بالمعاطاة في المحقرات
واقامها فيه مقام البيع واختلفوا في تحديدها فقال بعضهم ما لم يبلغ نصاب
السرقة واحالها آخرون على العرف كرطل خبز وغيره مما يعتاد فيه المعاطاة
وهو تحكم والذي اختاره متأخروا الشافعية وجميع المالكية انعقاد البيع
بكل ما دل على التراضي عده الناس بيعا وهو قريب من قول المفيد وشيخنا
المتقدم وما احسنه وامتن دليله ان لم ينعقد الاجماع على خلافه
ويقوم مقام اللفظ الاشارة مع العذر كما في الاخرس ومن بلسانه آفة
فانه يكفي في انعقاد بيعه وقبوله له الاشارة المفهمة وفي حكمها الكتابة على
ورق او لوح او خشب او تراب او نحوها واعتبر العلامة في الكتابة انضمام
قرينة تدل على رضاه ولا ينعقد الا بلفظ الماضي فلو قال اشتري
او ابيع او ابيعك لم يصح انما اعتبر في العقد لفظ الماضي لان الغرض منه الانشاء
وهو صريح فيه لاحتمال الوعد بالمستقبل وعدم اقتضاء الامر انشاء البيع من
جانب الامر وانما انشا طلبه واما الماضي فانه وان احتمل الاخبار الا انه اقرب
الى الانشاء حيث دل على وقوع مدلوله في الماضي فاذا لم يكن ذلك هو المقصود
كان وقوعه الآن حاصلا في ضمن ذلك الخبر والغرض من العقود ليس هو الاخبار
وانما هذه الصيغة منقولة شرعا من الاخبار الى الانشاء والماضي اصرح بمعناه
وكذا في طرف القبول مثل ان يقول بعني او تبيعني لان ذلك اشبه بالاستدعاء
نبه بذلك على خلاف ابن البراج حيث جوزه بهما والمشهور خلافه وهل يشترط
تقديم الايجاب على القبول فيه تردد والاشبه عدم الاشتراط وجه العدم

من اصالة الجواز وانه عقد فيجب الوفاء به ولتساويهما في كون كل منهما ينقل ملكه الى الآخر
فاذا جاز للبايع المتقدم جاز للمشتري ولان الناقل للملك هو الرضا المدلول عليه بالالفاظ
الصريحة ولا مدخل للترتيب في ذلك ولجواز تقديمه في النكاح بغير اشكال فليكن في غيره
كذلك فان النكاح مبني على الاحتياط زيادة على غيره وذهب جماعة من الاصحاب
الى اعتبار تقديمه بل ادعى عليه الشيخ في الخلاف الاجماع ∴ في ترتب الحكم
مع تاخيره مع ان الاصل خلافه فان القبول مبني على الايجاب لانه رضا به فلا بد
من تاخيره ∴ وجواز التقديم في النكاح لمصلحة استحياء المراة والاقوى الاول
وموضع الخلاف ما لو كان القبول بلفظ ابتعت او اشتريت او تملكت منك بكذا كذا
بحيث يشتمل على ما كان يشتمل عليه الايجاب اما لو اقتصر على القبول او قال
قبلت وان اضاف اليه باقي الاركان لم يكف بغير اشكال وحينئذ فلا فرق بين
الايجاب والقبول وانما كل منهما احد شقي العقد في الحقيقة هذه الالفاظ المتقدمة
المعدة قبولا قائمة مقامه لا نفسه وانما القبول على الحقيقة قبلت وهو مما لا يصح
الابتداء به ولو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه وكان
مضمونا عليه لا اشكال في ضمانه اذا كان جاهلا بالفساد ولانه تقدم على ان
يكون مضمونا عليه فيحكم عليه به وان تلف بغير تفريط ولقوله صلى الله عليه وآله على اليد
ما اخذت حتى تودي ومن القواعد المقررة في هذا الباب ان كل عقد يضمن
بصحيحه يضمن بفاسده وان ما لا يضمن بفاسده ولا فرق مع
جهله بين كون البايع عالما بالفساد وجاهلا مع احتمال عدم الضمان لو علم بتسلطه
على اتلافه مع علمه بكونه باقيا على ملكه وكذا لو كانا عالمين بالفساد ولو كان البايع
جاهلا به والمشتري عالما فالضمان اولى والاقوى ثبوته في جميع الصور فيرد ان
العينين مع بقائهما وابدالهما مع تلفهما ويرجع صاحب المنافع المستوفاة
بها ولو فاتت بغير استيفاء فوجهان ولو زادت العين فللمالك الآن يكون الزيادة

ينقل الآخر

ينقل الآخر وهو له عندنا كانت كالصبغ او صفة كالصبغ ولا يصح بيع الصبي
ولا شراؤه وان اذن له الولي لا فرق في الصبي بين المميز وغيره ولا بين كون المال له وللولي
او لغيرهما اذن مالكها ام لا فلا يصح لمانعه التصرف فيما صار اليه وان كان مالكه قد اذن
لانه بيع فاسد فيلزمه الحكم السابق في الرجوع على القابض نعم ليس له على الصبي رجوع
بعوض ماله لو تلف او اتلف لانه فرط فيه بتسليطه عليه مع عدم اهليته
ولو اقبضه وليه ما لا يدفع اليه فدفع فان كان مال الولي برئ من ضمانه وكان هو
المفرط وان كان الصبي لم يبر ولو كان عوض ما ابتاعه من الصبي او باعه
للدافع وهو المضيع ولا عبرة باذن الولي في ضمانه ولا ضمان الصبي وكذا لو
بلغ عشرا عاقلا على الاظهر هذا هو الاقوى وقيل يجوز بيعه بالوصفين وهو
ضعيف والمراد بالعقل هنا الرشد فغير الرشيد لا يصح بيعه وان كان عاقلا اتفاقا
ولو رضي كل منهما بما فعل بعد زوال عذره عدا المكره للوثوق بعبارته الفرق
بينهم وبين المكره واضح اذ لا قصد لهما الى العقد ولا اهلية له لفقد شرطه وهو العقل
بخلاف المكره فانه بالغ عاقل وليس ثم مانع الا عدم القصد الى العقد حين
ايقاعه وهو مجبور بلحوق له بالاجازة فيكون كعقد الفضولي حيث انتفى القصد
اليه من مالكه الذي يعتبر قصده حين العقد فلما لحقه القصد بالاجازة صح و
حينئذ فلا مانع من الصحة الا تخيل اشتراط مقارنة القصد للعقد ولا
~~الذي يعتبر قصده حين العقد فلما لحقه القصد بالاجازة صح وحينئذ فلا مانع~~
دليل عليه وننبه على عدم اعتبار عقد الفضولي وعموم الامر بالوفاء بالعقود
يشمله فلا يقدح فيه اختصاص عقد الفضولي بنص وبهذا يظهر ضعف ما قيل
هنا بانتفاء القصد اصلا ورأسا مع عدم الرضا وان الظاهر من كون العقود
بالقصود القصد المقارن لها دون المتاخر ويمكن ان يقال ان القصد من المكره

حاصل دون من سبق لان غير العاقل لا يقصد الى اللفظ ولا الى مدلوله بخلاف المكره فانه باعتبار
كونه عاقلا قاصدًا الى ما يتلفظ به ويفعله بشعوره لكنه بالاكراه غير قاصد الى مدلوله وذلك كاف
فى صلاحيته وقبوله للصحة اذا لحقه القصد الى مدلوله باجازته ومثله القول فى العقد
الفضولى فانه قاصد الى اللفظ الصادر منه لان المفروض اهليته وجمعه للشرايط المعتبرة
فى صحة العقد لان ذلك من وظايف المالك فاذا اجازه المالك وقصد الى ذلك صح ويتفرع
عليه مالو عقد الفضولى فى حالة لا يكون فيها اهلا للقصد الى اللفظ كالنايم والسكران
والصبى والمجنون فان الاجازة اللاحقة له من المالك لا تؤثر ومن ثم حكموا
بان الولى لو اجاز عقد الصبى لم يصح وهذا واضح بيّن وبيّنه الشهيد رحمه الله
فى الدروس على ما يوافق ذلك وان كان فى نفسه لا يخلو من مناقشة فقال فى بيع
عقد الفضولى اذا لحقه ولا فرق ان الرضا كاف فيمن قصد الى اللفظ دون
مدلوله فلو اكره حتى ارتفع قصده لم يؤثر الرضا كالسكران وهو يشبه حسن الا ان
فى تحقق ذلك فى المكره بحيث يتلفظ بالعقد غير قاصد الى اللفظ كالسكران نظرا فان
الاكراه على اللفظ بحيث يكون حركة اللسان من المكره غير متحقق ولا مقدور للمكره وانما
يتحقق الاكراه بحمل المكره للمكره على الفعل باختياره خوفا من المكره على نفسه او ماله او ما
فى حكمها مع حضور عقله وتمييزه بخلاف المجنون والسكران ونحوهما غير ان ما ادعاه
رحمه الله اذا بلغ الالجا اليه وتحقق وقوعه فالامر فيه كما لو قاله لكن يبقى فى هذا كله
اشكال من امر آخر وهو ان الهازل قد حكموا بفساد عقده ولم يذكروا لزومه لو لحقه
الرضا به وظاهر حاله انه قاصد الى اللفظ دون مدلوله لانه بالغ عاقل فاللازم
حسن اما الحاقه بالمكره فى لزوم عقده مع لحوق الرضا او ابداء الفرق بكونه
غير قاصد للفظ وفيه تامل واعلم ان بيع المكره انما يوجد له البطلان اذا كان
بغير حق فلو اكره بحق بان توجه عليه بيع ماله لوفاء دين عليه او شراء مال اسلم اليه فيه فاكرهه

الحاكم

الحاكم عليه صح بيعه وشراؤه فانه اكراه بحق ومثله تقويم العبد على معتق نصيبه
منه وتقويمه فى فكه من الرق ليرث واكراهه على البيع لنفقته ونفقة زوجته
مع امتناعه وبيع الحيوان اذا امتنع من الانفاق عليه والعبد اذا اسلم عند
الكافر والعبد المسلم والمصحف اذا اشتراهما الكافر وسوغناه فانهما يباعان
عليه قهرا والطعام عند المخمصة يشتريه خائف التلف والمحتكر
مع عدم وجود غيره واحتياج الناس اليه وكل هذه الصور مستثناة
من قولهم ان بيع المكره غير صحيح وضابطها الاكراه بحق على ما قدمناه
ولو امره ان يبتاع نفسه من مولاه قيل لا يجوز والجواز اشبه وجه المنع اعتبار
التغاير بين المتعاقدين وعبارة العبد كعبارة سيده او اشتراط اذن المولى فى
تصرف العبد ولم يسبق له منه اذن ويندفع الاول بان المغايرة الاعتبارية
كافية ومن ثم اجتزانا بكون الواحد الحقيقى موجبا قابلا فهنا اولى والثانى
بان مخاطبته السيد له بالبيع فى معنى التوكيل له فى تولى القبول وبه يظهر جواز ما قيل
ان تولى من مولاه مستدرك لانه لا يشترى نفسه الا منه فانه ربما احترز به
عن شرائه نفسه من وكيل مولاه فانه قد لا يصح نظرا الى وقوعه بغير اذن المولى بخلاف
ما لو وقع مع المولى فانه فى معنى الاذن والا قوى الجواز ولو باع ملك غيره وقف
على اجازة المالك او وليه على الاظهر هذا قول الاكثر ويدل عليه وجود المقتضى
للصحة وهو العقد الجامع للشرايط وليس ثم مانع الا اذن المالك ويحصل لها
بعد زوال المانع ويجمع الشرايط واشتراط المالك فى البيع اعم من كونه شرطا
للزوم او الصحة ويؤيده حديث عروة البارقى حيث امره النبى صلى الله
عليه وآله بشراء شاة بدينار فاشترى شاتين به ثم باع احديهما به ورده مع

الخمص والخمصة والمخمصة الجوع والمجاعة ومنه الحديث
جابر بعض الصحابة رأيت بالنبى صلى الله عليه وآله خمصا شديدا
ويقال رجل خمصان وخميص اذا كان
ضامر البطن وجمع الخميص خماص
ومنه الحديث كالطير تغدو
خماصا وتروح بطانا اى تغدوا
بكرة وهى جياع وتروح عشاء
وهى ممتلية الاجواف ومنه الحديث الآخر
خماص البطون خفاف الظهور اى انهم
اعفة عن اموال الناس فهم ضامروا
البطون من اكلها خفاف الظهور من
ثقل وزرها ٥ نهايه ابن اثير

الاخرى فاجازه النبي صلى الله عليه وآله وبارك له في صفقة يمينه وفي المنع احاديث وهي من الطرفين عامة
الا ان ما هنا اشهر واول على المطلوب ولا فرق في ذلك بين البيع والشرا وان كانت المسئلة والرواية مفروضة
في البيع على تقدير الاجازة ولزوم العقد فهل هي ناقلة للملك من حينها ام كاشفة عن حصوله
من حين عقد البيع الاقوى الثاني وتظهر الفائدة في النماء المتخلل بينهما وفي احكام اخر يأتي ان شاء الله
ثم ان اتحد العقد فالحكم واضح وان ترتبت العقود على الثمن او المثمن او هما واجاز الجميع صح ايضا
وان اجاز احدها فان كان هو المثمن صح في المجاز وما بعده من العقود وان كان هو الثمن صح
وما قبله كذا اطلقه جماعة من الاصحاب والفرق بين المقامين ان اجازة المبيع توجب انتقاله
عن ملك المالك المجيز الى المشتري فيصح العقود المتاخرة عنه المترتبة على فعل المشتري وتبطل
السابقة لعدم الاجازة واجازة الثمن توجب انتقاله الى ملك المجيز فيبطل التصرفات المتاخرة
عنه فيه حيث لم يجزها وتصح السابقة لان ملك الثمن المتوسط يتوقف على صحة العقود
السابقة والا لم يمكن تملك ذلك الثمن مثاله لو كان الفضولي قد باع مال المالك بكتاب ثم
باع الكتاب بسيف ثم باع السيف بثوب ثم باع الثوب بفرس فان ملكه للفرس يتوقف
على ملكه للثوب وانما ملك الثوب اذا ملك العوض الذي اشترى به وهو السيف وانما ملك السيف
اذا ملك العوض الذي اشترى به وهو الكتاب فظهر ان اجازته للعقد المتاخر يستلزم
اجازة العقود السابقة ما لم يتم الحكم بصحة ذلك كله حملا لفعل المسلم على الوجه المعتد به
شرعا وهذا الحكم صحيح في هذا المثال ونظايره الا ان مثله يترتب العقود على الثمن اعم منه
فان من صوره ما لو بيع الثمن وهو الكتاب في هذا المثال مرادا كما لو باعه ذلك الفضولي
بمائة ثم باعه المشتري بمائتين ثم باعه المشتري الثاني بثلثمائة فاجاز المالك العقد
الاخير فانه لا يقتضي اجازة ما سبق بل لا يصح سواه ومع انه يصدق عليه ان العقود
ترتبت على الثمن ولم يتم الحكم بصحة ما قبل المجاز واما سلسلة العقود على المثمن فصحة
العقود اللاحقة للمجاز مبنية على ان الاجازة كاشفة ليظهر ملك كل بايع متاخر حين
بيعه وان كان ناقلة امالو جعلناها ناقلة للملك من حين الاجازة فالبايع لم يكن

ما كان حين بيعه

مالكا حين بيعه وانما ملكه بعده بالاجازة كانت للمالك العين ولم يحصل وعند اجازته للعقد السابق
خرج اللاحق عن ملكه فلم يمكنه الاجازة فيبنى صحة البيع المتاخر حينئذ على من باع فضوليا ثم انتقل
اليه الملك فان في لزوم البيع حينئذ او توقفه على اجازته ثانيا وجهان وقد ظهر بذلك ان اطلاقهم
الحكم في السلسلتين يحتاج الى تنقيح   فان لم يجز كان له انتزاعه من المشتري ويرجع المشتري
على البايع بما دفعه اليه وبما اغترمه من نفعه او عوض اجرة او نماء اذا لم يكن عالما   اذا لم يجز المالك
البيع يرجع في عين ماله ونمائه متصلا ومنفصلا وعوض منافعها المستوفاة وغيرها وبقيمة
الهالك من ذلك او مثله المعتبر بالقيمة يوم التلف على الاقوى وان كان التفاوت بسبب
السوق وبناء على ان كان بسبب الزيادة العينية كالسمن او الوصفية كالعلم بصنعة ثم
نساها ثم المشتري يرجع بذلك كله على البايع مع احد الوصفين وهما الجهل بكونها لغير البايع
وادعاء البايع الاذن في البيع ولو رجع عليه المالك بالقيمة مع التلف رجع بها على البايع
وان زادت عن الثمن المدفوع اليه ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد حصل للمشتري
نفع في مقابلة ما غرم اولا على الاقوى لغروره ودخوله على ان يكون ذلك له بغير عوض
فان لم يكن كذلك لم يرجع بما اغترم لانه حينئذ غاصب مفرط فلا يرجع بشيء
يغرمه للمالك مطلقا   وقيل لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب هذا هو المشهور بين الاصحاب
مطلقا من فيه الحكم الشامل لكون الثمن باقيا وتالفا ووجهه بكون المشتري قد دفعه
اليه وسلطه عليه مع علمه بعدم استحقاقه له فيكون بمنزلة الاباحة وهذا يتم مع
تلفه اما مع بقائه فلا لانه ماله وهو متسلط عليه بمقتضى الخبر وفيه ما يحصل منه
ما يوجب نقله من ملكه لانه انما دفعه عوضا عن شيء لا يسلم له لا مجانا فمع تلفه يكون
اذنا فيه اما مع بقائه فله اخذه لعموم النصوص الدالة على ذلك بل يحتمل الرجوع بالثمن
مطلقا وهو الذي اختاره المص في بعض تحقيقاته لتحريم تصرف البايع فيه حيث
انه اكل مال بالباطل فيكون مضمونا عليه ولولا ادعاء العلامة في التذكرة الاجماع

على عدم الرجوع مع التلف لكان فى غاية القوة وحيث لا اجماع عليه مع بقاء العين
فلكن القول به متعينا فان قيل كيف يجامع تحريم تصرف البائع فى الثمن عدم رجوع
المشترى به فى حال فانه حينئذ لا محالة غاصب آكل للمال بالباطل فاللازم اما جواز
تصرفه او جواز الرجوع مطلقا قلنا هذا الالزام فى محله ومن ثم قلنا ان القول
بالرجوع مطلقا متجه لكن لما اجمعوا على عدمه مع التلف كان هو الحجة وحينئذ
نقول ان تحقق الاجماع فالامر واضح والا امكن الجواز ان يكون عدم رجوع المشترى العالم
عقوبة له حيث دفع ماله معاوضا له على محرم وعلى هذا يكون البائع مخاطبا به ويرد
عوضه مع التلف فان بذله اخذه المشترى وان امتنع منه بقى للمشترى فى ذمته
وان لم يجز له مطالبته به ونظير ذلك ما لو حلف المنكر على عدم استحقاق المال فى ذمته
فانه لا يجوز حينئذ للمدعى مطالبته ولا مقاصته وان كان الحق مستقرا فى ذمة
المنكر فى نفس الامر وذلك لا يمنع من تكليفه برده وعقوبته عليه لو لم يرد ولا فرق فى
هذا الحكم بين كون البائع غاصبا او فضوليا مع علم المشترى به وحصول التلف ولم يجز المالك كما هو
مقتضى الفرق وكان فيما لا يملك موقوفا الموقوف هو البيع المضمر فى كان اى
كان البيع فيما لا يملك موقوفا على اجازة المالك ولا بعد فى كون البيع الواحد لازما
موقوفا باعتبارين حيث يشتمل على شيئين مختلفين فى الحكم ويقسط الثمن
بان يقوما جميعا ثم يقوم احدهما منفردا او يرجع على البائع بحصته من الثمن المراد
انه يقوم احدهما منفردا ثم ينسب الى المجموع ويؤخذ له من الثمن بتلك النسبة لا انه يسقط
من الثمن بقدر ما يقوم به كما يشعر به اطلاق العبارة لان القيمة المذكورة قد تساوى
مجموع الثمن او يزيد عليه مثال ذلك ان يقوما معا فاذا قيل قيمتهما عشرون ثم يقوم احدهما
المستحق او غيره اذ لا تفاوت هنا يتحقق العلم بقيمة المردود فاذا قيل قيمة
احدهما عشرة فنسبتها الى المجموع النصف فيرجع بنصف الثمن كائنا ما كان

وهكذا

وهكذا فلو فرض كون مجموع الثمن عشرة كان الرجوع فى المثال بخمسة وهى نسبة احدهما الى المجموع
فلولا اعتبار النسبة لزم اخذ الثمن والمثمن الباقى بغير عوض وانما تعتبر قيمتهما مجتمعين اذا لم يكن لاجتماعهما
فى زيادة قيمة كل واحد منفردا كعبدين وثوبين مثلا اما لو استلزم زيادة القيمة كمصراعى باب كل واحد لمالك
فانهما لا يقومان مجتمعين اذ لا يستحق مالك كل واحد حصته الا منفردا فلا يستحق ما يزيد باجتماعهما
وطريق تقويمهما على هذا ان يقوم كل منهما منفردا فيعتبر ويؤخذ نصف الثمن لانه نسبة احدهما الى
المجموع وهكذا الحكم كله فى مثال المتن واضح لانه فرضه فى بيع ما يملكه البائع وما لا يملكه فى عقد
فلو فرض كونهما لمالك واحد كما لو باع الفضولى المصراعين معا فاجاز مالكهما فى احدهما دون الاخر
ففى تقديرهما مجتمعين كالغاصب او منفردين كما لو كانا لمالكين نظر ولو اراد المشترى
رد الجميع كان له ذلك لتبعض الصفقة عليه وهذا انما يتم مع جهله بكون احدهما ملكا لغير
البائع اما مع علمه فلا خيار له وكذا القول فى كل موضع يثبت فيه الخيار لتبعض الصفقة
فانه مقيد بجهل ذى الخيار بالحال قبل البيع فان قيل كيف يصح البيع فى البعض مع ان التراضى
انما وقع على المجموع وبدونه يمنع صحة العقد قلنا العقد فى نفسه صحيح لكنه
غير لازم فاذا طرأ على الصحة بطلان البيع فى البعض بسبب عدم الاجازة بقى الباقى محكوما
بصحته اذ لا دليل على بطلانه بعد الحكم بالصحة غايته ما فى الباب جبره بالخيار مع جهله
ولو كان عالما فلا اشكال فى صحة ذلك البعض لقدومه على ذلك وكذا لو باع ما يملكه وما لا
يملكه المسلم كالخمر والخنزير طريق تقويم ذلك ان يقوم الجزء لو كان عبدا بالوصف الذى هو عليه
من كبر وصغر وبياض وسواد وغيرها واما الخمر والخنزير فيرجع فيهما الى قيمتهما عند مستحليهما
لا بمعنى قبول قولهم فى القيمة لاشتراط عدالة المقوم بل يمكن فرضه فى تقويم عدلين قد اسلما عن كفر
يشتمل على استحلالهما ويطلعون على قيمتهما عندهم بكثرة المخالطة لهم وعدم احتشامهم
فيهما ولو قيل بقبول اخبار جماعة منهم كثيرة يؤمن اجتماعهم على الكذب ويحصل
بقولهم الظن الغالب المقارب للعلم امكن ويبقى فى المسئلة اشكال من وجهين احدهما
ان المشترى لهذين الشيئين ان كان جاهلا بما لا يملك بوجه ما ذكر لقصده الى شرائهما فاذا

لم يتم له الاعتراض ودفع الثمن اما اذا كان عالما بفساد البيع فما لا شك فيه اشكل صحة البيع مع جهله
بما يوجب التقسيط لا ضافته الى المجهول جزء المبيع الى البائع لانه في قوة بعتك العبد بالخمسة
من الالف واذا وزعت عليه وعلى غيره اجزاء بعض وهو باطل وقد نبه على ذلك العلامة والشهيد
وقال ان البطلان حينئذ ليس بعيد من الصواب والشك ان هذا الحكم اعني البطلان مع
العلم ايضا من الاصل [illegible] مع [illegible] الا مع [illegible] يشكل المقسط
ان يرجع [illegible] للسلطة البائع عليه [illegible] كما لو وجد البائع مال الغريم كاملا
وقد تقدم ان الاصحاب لا يجيزون الرجوع بالثمن اما مطلقا او مع علمه [illegible]
[illegible] ان [illegible] الرجوع بالاجماع والا فالدليل [illegible]
موجود [illegible] والاب والجد [illegible] فيهما [illegible] ولا ينقطع
ولايتهما بثبوت البلوغ والرشد [illegible] الرشد
وان لم يبلغ لا يحصل [illegible] الولاية [illegible] عدم الرشد [illegible] ولا اشكال لا ينقطع
الحكم بالوصفان البلوغ والرشد [illegible] هو الصواب واما الاول [illegible]
عليهما [illegible] الاصل وكان [illegible] كذلك [illegible] حكم الولاية عليه
وان بلغ [illegible] السن [illegible] الرشد [illegible] البلوغ
[illegible] الرشد [illegible]
البلوغ [illegible] حكم الولاية عليه من الصغر ولو بلغ ورشد ثم زال رشده [illegible]
[illegible] الحاكم [illegible] الحيوان [illegible]
هو الاصح [illegible]
فان [illegible] ويجوز ان يتولى طرفي العقد [illegible]
[illegible]
[illegible] الايجاب والقبول [illegible]
كما تقدم والثاني [illegible] الوكيل

منهما

منه صريحا فان [illegible] الموكل بذلك
والثالث الجواز مع الاطلاق وهذا هو الذي [illegible] في الخلاف [illegible] دون الاول ولا يصح الجواز مع
الاعلام [illegible] ان الوكيل [illegible] البيع [illegible] ما لو كان الوكيل [illegible]
ايضا فانه يصح [illegible] وان كانت العبارة هنا [illegible]
والوجه [illegible] الوكيل اي [illegible]
كما تقدم اما [illegible] من المصنف في المسلمين ولا يصح الجواز مطلقا [illegible]
[illegible] هذا القول هو المشهور بين الاصحاب وكثير منهم [illegible]
[illegible] البيع [illegible]
[illegible] البيع [illegible]
[illegible]
[illegible] اما الحاكم [illegible]
[illegible] الاب والجد [illegible]
والرشد [illegible] الاب والجد [illegible] والفلس وان [illegible]
المشتري [illegible] يمكن ان [illegible] المسلم من [illegible]
[illegible] المسلم [illegible]
والنواصب [illegible]
[illegible] البيع [illegible] المسلم [illegible]
المصحف [illegible] الحديث النبوية [illegible] منها [illegible]
[illegible] الاولى [illegible] السبيل [illegible]
المسلم [illegible]
[illegible] الاب [illegible] الكافر [illegible]
[illegible] المسلم
[illegible] المسلم في ملك الكافر اختيارا

كالشراء والاستيهاب ونحوهما اما غيره كالارث واسلام عبد الكافر فلا بل يجبر على بيعه بثمن المثل
على الفوران وجد راغب والا حيل بينهما بمسلم الى ان يوجد الراغب ونفقته زمن المهلة عليه
وكسبه له وفي حكم البيع الاجارة الواقعة على عينه اما على ذمته فالاجود الصحة كما لو استدان
منه وكذا رهنه عنده اما لو وضع على يد مسلم فلا وفي عاريته قولان اجودهما المنع وفي
ايداعه له وجهان اجودهما الصحة   خادم الاذ وسبيل   كالخنافس والعقارب ونحو
عدهما مالا عرفا وشرعا ولا اعتبار بما يورد الخواص من منافعها فانها مع ذلك لا تعد مالا
عدا اللبن لانه طاهر ينتفع به نفعا ظاهرا فيجوز بيعه واخذ العوض عليه في اجارة
الظئر حلالا لبعض العامة   ومما يشترك المسلمون فيه قبل حيازته كالكلاء والماء
هذا اذا كانت في مباح لتوقف ملكها على الحيازة اما لو كانت في ملكه فالوجه انها له
تبعا للملك فيصح بيعها ويحرم على غيره اخذها منه بغير اذنه وبه صرح في التذكرة فعلى هذا
لو باع الارض لم يدخل الكلاء ولا الماء الا ان ينص عليهما او تذكر لفظا يعمهما   والارض الماخوذة
عنوة وقيل يجوز بيعها تبعا للاثار لتصرف هذا البحث قوي وقد تقدم البحث فيه
في الجهاد   وفي بيوت مكة تردد والمروي المنع   منع الشيخ من بيع بيوت مكة واجارتها
ومنع المسلمين من سكناها اذا كانت خالية محتجا بالخبر وان الاسراء من المسجد الحرام مع
انه كان من دار ام هاني والمشهور الجواز وعليه العمل وتسميته مكة مسجدا مجاز للحرمة
والشرف والمجاورة وقد اضاف الله سبحانه دورها الى الفقراء المهاجرين الذين اخرجوا
من ديارهم والمنهي عنه الملك   اما ماء البئر فهو ملك لمن استنبطه وماء النهر
لمن حفره فيجوز بيعه جملة وبيع بعضه كيلا او وزنا وجزافا ولو على الشاطئ لانه مال
مملوك متمول   ولا يصح بيع الوقف ما لم يؤد بقاؤه الى خرابه لاختلاف بين اربابه ويكون البيع
اعود على الاظهر قد اضطربت فتوى الاصحاب في هذه المسألة اضطرابا عظيما حتى من الرجل
الواحد في الكتاب الواحد كما وقع للمصنف رحمه الله فانه هنا شرط في جواز بيعه ثلاث شرائط
اختلاف اربابه بحسب يؤدي بقاؤه الى خرابه وكون البيع اعود وفي الوقف اكتفى في الجواز
بوقوع الخلف بين اربابه بحيث يخشى خرابه واكتفى بخوف الخراب وهنا شرط الاداء اليه

ولم يشترط

ولم يشترط مع ذلك كون البيع اعود والاقوى في هذه المسألة ما دلت عليه صحيحة علي بن مهزيار
من جواز البيع اذا وقع بين ارباب الوقف خلف شديد وعلله عليه السلام بانه ربما جاء فيه تلف
الاموال والنفوس والظاهر ان خوف ادائه اليهما او الى احدهما ليس بشرط بل هو اظهر انه عرض لذلك وما
عدا هذه الصورة لا دليل عليه نعم في رواية جعفر بن حنان جواز بيعه مع حاجة اربابه
اليه بحيث لا يكفيهم غلته اذا اتفقوا عليه كلهم وكان البيع خيرا لهم وعمل بها بعض الاصحاب
وفي سندها جهالة لجعفر بن حنان وزاد بعضهم ما لو خرب وتعطل ولم يوجد نفع على ذلك
الوجه اصلا وهو حسن لفوات مقصود الوقف حينئذ من تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة
وذلك كما لو خلقت حصر المسجد او جذعه بحيث لا يصلحان للانتفاع فيه فيجوز بيعهما
للوقود ونحوه وباقي الاقوال كلها مدخولة ودليل المنع عام وحيث يجوز البيع يشترى بثمنه
ما يكون وقفا على ذلك الوجه ان امكن ويجب تحصيل الاقرب الى الصفة الموقوف عليه
ان كان منحصرا والا فالناظر العام   ولا بيع ام الولد ما لم يمت او في ثمن رقبتها مع اعسار
مولاها وفي اشتراط موت المالك تردد   الاقوى عدم اشتراطه موته لاطلاق النص والمراد
باعساره ان لا يكون له من المال ما يوفي ثمنها زائدا على المستثنيات مورد النص وقد الحق بها
الاصحاب مواضع اخر كبيعها اذا مات قريبها ليعتق ويرث وبيعها على من ينعتق عليه وشرط
العتق على قول فاذا جنت على غير المولى ليدفع ثمنها او رقبتها في الجناية واذا كان علوقها
بعد الارتهان او بعد الافلاس واذا عجز عن نفقتها واذا ماتت مولاها ولم يخلف سواها
وعليه دين مستغرق وان لم يكن ثمنا لها وفي كفنه اذا لم يخلف سواها واذا
اسلمت قبل مولاها فاذا كان ولدها غير وارث وزاد بعضهم ما لو جنت على مولاها او
قتلته خطأ   ولا بيع الرهن الا مع الاذن   يجوز كون المحكوم بعدم جواز بيعه
للرهن هو الراهن والمرتهن اما الراهن فظاهر انه لا يجوز بيعه للرهن الا مع اذن المرتهن لانه
ممنوع من التصرف فيه واما المرتهن فلا يجوز له بيع الرهن اذا لم يكن وكيلا فيه بل يتوقف بيعه
على اذن الراهن فان امتنع استأذن الحاكم فان تعذر جاز له حينئذ البيع بنفسه على الاقوى
وكيف كان فلا يجوز له بيع الرهن مطلقا بل على بعض الوجوه او لا يجوز مطلقا كما اطلقه

جماعة منهم المصنف في بابه اي لا يجوز بيعه من حيث هو مرتهن وحينئذ فلا منافي
جواز بيعه اذا كان وكيلا لان الجواز من حيث انه وكيل لا غير ولا يمنع جناية العبد
من بيعه سواء كانت عمدًا كانت الجناية او خطأً على تردد في العمد قد ابطل الشيخ بيعه فيه
لتخيير المجني عليه بين استرقاقه وقتله وهذا غيرها نعم من صحة البيع لعدم اقتضائه
خروجه عن ملك مالكه نعم يصير لزوم البيع مراعى برضا المجني عليه بفدائه بالمال فان قتل
وفكه المولى لزم البيع وان قتله او استرقه بطل ولو كان المشتري جاهلا بالجناية تخير في
الفسخ والامضا قبل استقرار حاله لانه عيب في الجملة وفي معرض التلف له ولو كانت الجناية
خطا كان التخيير للمولى بين بذله وفدائه باقل الامرين من قيمته وارش الجناية فان ارش الجناية
ان كان اقل من قيمته فهو اللازم بعضها وان كانت القيمة اقل فالجاني لا يجني على اكثر من نفسه
فيصح البيع ويكون التزاما بالفدا على اصح القولين ثم ان فداه والا جاز للمولى استرقاقه فينفسخ
البيع لان حقه اسبق وللمشتري الخيار ايضا اذا لم يعلم بتعلق الحق في رقبته فان فسخ رجع بالثمن
وكذا ان فسخ وكانت الجناية مستوعبة لرقبته فاخذها فان المشتري يرجع بالثمن ايضا
وان كانت غير مستوعبة لرقبته رجع بقدر ارشه ولو كان عالما بعيبه راضيا بتعلق الحق به لم يرجع
بشيء لانه اشترى معيبا عالما بعيبه ثم ان فداه السيد او المشتري فالبيع بحاله والا بطل مع الاستيعاب
وفدا المشتري كقضاء دين غيره بغير اذنه في رجوعه عليه اذا نوى فيه ولا يصح بيع الآبق منفردا ويصح
منضما الى ما يصح بيعه اي الى ما يصح بيعه منفردا بحيث يصح ضميمة الى آبق آخر وقالا بحوز بالبيع لعلته
ونحوه وبعبد كونها من مالك العبد ليستحق جميع الثمن اذ لو كانت من غيره لم يستحق شيئا فيمتنع صحة بيعه
وفي صحته رفاعة عن الكاظم عليه السلم ويجوز بيع الواحد منضما فكذا الاكثر ولو كان مع الثمن
المنقول آبق آخر صح ايضا لوجود المقتضي للجميع وانما يمتنع بيع الآبق مع تعذر تسليمه فلو امكن
صح وان سمي ابقا ولو امكن للمشتري خاصة فالاقوى الجواز ولا يلحق به غيره مما في معناه كالبعير
الشارد والفرس العاثر على الاقوى اقتصارا فيما خالف الاصل على المنصوص وعلى هذا يبطل البيع
للغرر ويحتمل الصحة مراعاة بالتسليم ولو لم يظفر به لم يكن له رجوع على البائع وكان الثمن
مقابلا للضميمة بمعنى انه لا يوزع عليها وعلى الآبق ويرجع بحصته منه بل ينزل الابق بالنسبة الى الثمن

جميع المعدوم

من المعدوم وليس المراد ان الآبق يخرج عن كونه مبيعا لينحصر الثمن في الضميمة اذا تعذر تحصيله
كما يتضمنه ظاهر العبارة بل ظاهر عبارة الجميع لان الابق جزء من الثمن والبيع قد وقع عليهما والقدرة
على تسليمه ليست شرطا في صحة البيع ومقتضى البيع توزيع الثمن على جميع المثمن فلما تخيل من ذلك
رجوع المشتري بشيء عند تعذر قبضه تنبهوا عليه بقولهم ان الثمن في مقابلة الضميمة والمراد
انه مستحق باسره بازاء ما دفع من الضميمة وتظهر الفائدة في دخول الابق في ملك المشتري
وان لم يقدر على تحصيله فيصح له عتقه عن الكفارة وغيرها مما يترتب على الملك ويشترط
في الآبق ما يشترط في سائر المبيع عن القدرة على التسليم ولحقته احكام المبيع لكن لك يعتبر كونه
معلوما عند المشتري بالمشاهدة والوصف الرافع للجهالة وموجودا عند العقد ولو ظهر تالفا
او مستحقا لغير البائع او مخالفا لوصف البائع او معيبا مثل الحالة فلا يؤثر في صحة البيع
ولا يستحق ارشا ولا ردا او يلحق كل واحد حكمه فيبطل في الاولين ما قابله ويتخير في الاخرين نظر
ويصح بيع ما جرت العادة بعوده كالحمام الطائر منزلا للعادة منزلة الواقع ويكون
مثل بيع العبد المنفذ في الاشغال والدابة المرسلة في المرعى ويرد العلامة في النهاية
في الصحة بسبب اسماء القدرة في الحال على التسليم وان عوده غير موثوق به اذ ليس له عقل
باعث وهو احتمال موجه وان كان الاول اقوى والسموك المملوكة المشاهدة في المياه
المحصورة المعتبر من المشاهدة ما يزول به الغرر فلا يعتبر عدّه في المال لان ذلك غير شرط في صحة
بيع السمك في الماء صرح به العلامة في التذكرة واشترط مع ما ذكر شرطا آخر وهو امكان
صيده فلو كان الماء في بركة محصورة لكنها كبيرة جدا وفيها ما يمنع من صيده عادة لم يجز
وهو حسن ولو باع ما يتعذر تسليمه الا بعد مدة مديدة ولو قيل بالجواز مع ثبوت
الخيار للمشتري كان قويا منشأ التردد من العجز الحالي وامكان التسليم في الجملة غايته مع
نقص وصف وهو فوات المنفعة قبل الامكان والاقوى الجواز ثم ان كان المشتري
عالما بالحال فلا خيار له والا ثبت له الخيار كان مضمونا عليه بقيمته يوم قبضه
وقيل باعلى القيم قد تقدم ان المقبوض بالبيع الفاسد مضمون على القابض لكن لم يذكر

كينية الضمان فلذا عادة و وجه ما اختاره من ضمانه بقيمته يوم القبض انه مضمون عليه من ذلك
الوقت بسبب فساد البيع المضمون به كما تضمن بصحيحه و وجه الثاني ان زيادة العين مضمونة مع نمائها
فكذا مع تلفها ولانه في كل وقت مخاطب فالانتقال الى القيمة انما هو عند تعذر ردها فيضعف القول
بضمانها بالقيمة عند القبض وظهران الثاني اقوى لكن بشرط ان يكون التفاوت بسبب نقص في العين
او زيادة فلو كان باختلاف السوق لم يضمن واعتبر قيمتها يوم التلف ولا يخفى ان هذا كله في القيمي
اما المثلي فيضمن بمثله فان تعذر فقيمته يوم الاعواز على الاقوى وكما يضمن العين يضمن منافعها
سواء استوفاها ام لا على الاقوى وان زاد بفعل المشتري كان له قيمة الزيادة وان لم يكن عينا
هذا مع جهله اما مع علمه فليس له الا الزيادة العينية التي يمكن فصلها فالوصف لا يستحق
لا يستحق بسببها شيء وبالجملة فحكمه مع العلم حكم الغاصب وهذا هو اصح الاقوال في
المسئلة والمصنف لم يذكرها خلافا لما استضعفا فيها مع انه اشار اليه في مختصره فلا
يجوز بيع ما يكال او يوزن او يعد جزافا هذا هو المشهور وعليه الفتوى وذهب بعض العامة
الى جوازه مع المشاهدة وهو ضعيف ولو كان مشاهدا كالصبرة جوز ابن الجنيد بيع
الصبرة مع المشاهدة دون غيرها فلذا خصها المصنف بالذكر وهو ضعيف ولا يجوز
ابتياع شيء مقدر منه اذا لم يكن متساوي الاجزاء كالذراع من الثوب اي بيع مقدار غير معين
اما لو عينه في جهة كما لو قال من هذا الطرف الى حيث ينتهي فتصح صحته ولان احدهما اقحمه لاستيفاء
الضرر لذلك ولو قصد بالمعين الاشاعة وكان المجموع معلوم القدر كذراع من ثوب عشر
اذرع صح ايضا وكان شريكا بالنسبة ولو اختلفا في القصد قدم قول مدعي الاشاعة
ترجيحا لجانب الصحة والجريب من الارض الجريب من الارض والطعام قدر معلوم
قاله الجوهري وقيل ان مقداره من الارض عشر اذرع وكذا الجوز لو كان اصله مجهولا
كجوز من صبرة مجهولة اذا علم اشتمالها على المبيع والا فلا وهل ينزل على الاشاعة او يكون
المبيع مكوكا في الجملة وجهان اقربهما الثاني وتظهر الفائدة فيما لو تلف بعضها فعلى الاشاعة
تلف من المبيع بالنسبة وعلى الثاني يبقى المبيع ما بقي قدر المبتاع واذا تعذر عد ما يجب
عده جاز ان يعتبر بمكيال ويؤخذ بحسابه ويمكن ان يراد بالتعذر هنا المشقة والتعسر
على وجه التجوز لا حقيقة التعذر وقد عبر الشهيد رحمه الله بالتعسر وهو اجود وانما عبر

المص وغيره

المص وغيره بالتعذر تبعا للحديث عن الصادق عليه السلم حين سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعده
فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقي على حساب ذلك من العدد فقال لا باس به
وفي حكمه الموزون والمكيل حيث يشق وزنهما وكيلهما و قد سئل الصادق عليه السلم اشترى
ما يه راويه بعد بالحجر لا بالمشقة ويشق القول بجوازه مطلقا للرواية ولزوال
الغرر بذلك وحصول العلم والتفاوت اليسير مغتفر كما في اختلاف المكاييل والموازين
ولا قائل بالفرق بين الثلثة حتى يتوجه القول بالاجزاء في الموزون خاصة للرواية ولان العدود
ادخل في الجهالة واقل ضبطا ويجوز بيع الارض والثوب مع المشاهدة وان لم يمسحا
ولو مسحا كان احوط لتفاوت الغرض في ذلك وتعذر ادراكه بالمشاهدة نقل في التذكرة
الاجماع على جواز بيعهما بالمشاهدة والظاهر انه اراد به من اهل العلم كافة فما ذكره المص
من الاحتياط ليس على جهة الخلاف بل لتاكيد الوضوح ونقل في الدروس عن ظاهر الخلاف
المنع ولعله اشار بالاحتياط اليه والمراد بالمشاهدة للثوب الكاملة في صحة بيعه مشاهدته
منشورا فلو كان مطويا لم يكف الا مع بعلمه على وجه يوجب معرفته كما لو كان غير منقوش
ولا منقوشا نقشا يخفى ويختفي في مطاويه ومثله القول في البسط والزلالي ونحوها وان
اختلفا فيه فالقول قول المبتاع مع يمينه على تردد ووجه التردد من البايع يدعي عليه الاطلاع
على المبيع على الصفة الموجودة والرضا به والمشتري ينكره فيكون القول قوله لاصالة عدمه
ومن تحقق الاطلاع السلم المجوز للبيع واصالة عدم التغير ولزوم العقد فيكون القول قول
البايع والاول اقوى ولان الاصل عدم وصول حقه اليه فيكون في معنى المنكر وان
كان صورة المدعي فيحلف على ان المبيع ليس بصفة التي اشتراه عليها والمعتبر من التعيب
الموجب للخيار هنا ما اختلف بسببه الثمن اختلافا لا يتسامح بمثله غالبا ويوجب اختلاف
الرغبات وبالجملة الشرط للصفات الكائنة عند الرؤية فكل ما فات كان كما لو
الخلف بالشرط فرع لو اتفقا على تغيره لكن اختلفا في تقدمه على البيع وتاخره
فان شهدت القرائن باحدهما حكم به من غير يمين وان احتمل الامران فالوجهان من اصالة
عدم وصول حق المشتري اليه واصالة عدم تقدم التغير وهل يصح شراؤه من غير
اختبار ولا وصف على ان الاصل الصحة فيه تردد والاصح والاولى الجواز في موضع الخلا

ما لو كان المبيع مشاهداً بحيث يرتفع الجهالة عنه من جهة القوام واللون وغيرهما وانما يختلف
عند الطعم والريح وحينئذ فالاقوى صحة البيع احالة له على مقتضى طبعه فان ظهر بخلاف
المعروف منه تخير المشتري فان طعم العسل والدبس وريح المسك ونحوهما امر مضبوط عرفاً فيجوز
الاعتماد على مقتضى طبعه اذ ليس المراد بأصل شرط العلم بالمبيع ان يرتفع الجهالة عنه بكل وجه
فان رؤية ظاهر الصبرة ونحوها كاف مع احتمال المخالفة وكذلك البيع بالوصف
ويتساوى في ذلك الاعمى والبصير ننبه بذلك على خلاف سلار حيث ذهب الى تخيير
الاعمى بين الرد والارش وان تصرف وحينئذ ففي العبارة اشارة الى قوله ويتعين
الارش مع احداث حدث فيه المتصل به فان شراه جاز مع جهالة ما في بطونه
ويثبت للمشتري الارش بالاختيار دون الرد مقتضى اطلاق العبارة جواز شرائه مطلقاً
من غير اشتراط الصحة ويكون الاطلاق منزلاً عليه في بعض عبارات الاصحاب جاز شراؤه بشرط
الصحة وفي عبارة الشيخ رحمه الله وجماعة بشرط الصحة والبراءة من العيوب وعبارة المصنف
اجود ثم ان اطلق اقتضى الصحة ورجع بارش العيب مع ظهوره بعد الكسر ولا رد للتصرف
وان شرط البايع البراءة من العيوب صح ولا خيار لو ظهر معيباً كذا اطلقه الجماعة ويشكل
فيما لو ظهر كله معيباً ولم يكن لمكسوره قيمة كالبيض فان مقتضى الشرط سلامة الثمن كله
للبايع وهو مناف لمقتضى العقد اذ لا شيء في مقابلة الثمن حينئذ فيكون اكل مال
بالباطل فيتجه حينئذ بطلان الشرط وقد نبه على هذا في الدروس وان لم يكن
لمكسوره قيمة رجع بالثمن كله بمعنى بطلان البيع لعدم وجود عوض ومقابلة الثمن
لكن هل الحكم ببطلان البيع من اصله نظراً الى عدم تقويم الثمن في نفس الامر حين العقد ام حين
ظهور الفساد لانه كان مالاً متقوماً ظاهراً وجهان ويظهر الفائدة فيما لو تبرأ البايع
من عيبه وفيما لو افتقر الى مؤنة الى نقله وكسره والذي يظهر ان المؤنة على المشتري مطلقاً
لعدم المقتضي لرجوعه بها وان كان الفعل في ملك غيره وقد عرفت حكم التبري من العيب
وذلك فينتفي فائدة الخلاف ولا يجوز بيع سمك الآجام ولو كان مملوكاً لجهالته وان
ضم اليه القصب وغيره على الاصح المراد به السمك الذي ليس بمشاهد ولا محصور كما
نظهر

نظهر من اضافته الى الآجام والآجام جمع اجمة بالتحريك وهي غابة القصب
والقول بالجواز مع الضميمة مذهب الشيخ وجماعة استناداً الى اخبار ضعيفة والذي
اختاره المتأخرون ان المقصود بالبيع ان كان هو القصب والسمك تابع له صح
البيع وان انعكس او كانا مقصودين لم يصح وهو الاقوى وكذا القول في كل مجهول ضم
الى معلوم كالحمل واللبن الذي في الضرع وغيرهما وكذا القول في الضرع وان ضم
ما يحلب منه جوز الشيخ مع الضميمة ولو الى ما يوجد في مدة معلومة استناداً
الى رواية ضعيفة والوجه المنع الا على التفصيل السابق نعم لو صالح على ما
في الضرع او ما سيوجد مدة معلومة فالاجود الصحة وكذا الجلود والاصواف
والاوبار والشعر على الانعام ولو ضم اليه غيره لا يصح بيع جميع ذلك ولا كل واحد
منفرداً ولا مع ضم شيء آخر اليه لجهالته ولأن ما عدا الجلود مع المذكورات موزون
فلا يباع جزافاً والاقوى جواز بيع ما عدا الجلد منفرداً ومنضماً مع مشاهدته
وان جهل وزنه لانه حينئذ غير موزون كالثمرة على الشجرة وان كان موزوناً
لو قلع كالثمرة وفي بعض الاخبار دلالة عليه وينبغي مع ذلك جزه في الحال وشرط تأخيره
الى مدة معلومة وكذا ما في بطونها وكذا اذا ضمها الضمير المثنى يعود الى النوعين
السابقين وهما ما في بطونها وما على ظهورها من الصوف والشعر والوبر والمراد
انه لا يصح بيع كل واحد منهما منفرداً ولا منضماً الى غيره ولا احدهما منضماً الى الآخر
حيث عرفت ان بيع ما على الظهور من المذكورات صحيح فيجوز ضم ما في البطن
اليه اذا كان المقصود بالذات هو ما على الظهر كما تقدم وكذا يصح بيعه مع ضميمه
الى كل مقصود كالحامل وغيرها المسك طاهر ويجوز بيعه في فاره وان لم يفتق
وفتقه احوط فاره بالهمز جمع فارة به ايضاً كالفارة في غيره وهي الجلدة المشتملة
على المسك يجوز بيعه وان لم يفتق بناء على اصل السلامة فان ظهر بعد الفتق
معيباً الزمه حكمه والمراد فتقه على ما ذكره جماعة ادخال خيط فيه ثم اخراجه

الغابة الاجمة ذات الشجر المتكاثف لانها تغيب ما فيها وجمعها غابات ومنه حديث علي كليث غابات شديد القسورة اضافة الى الغابات لقوته وشدته وانه يحمي غاباته نهاية

الفارة معروف جمعه فيران وفيرة كعنبة وكطير للذكر والانثى [illegible] ... المسك [illegible] ... فتقه شقه كفتقه تفتيقاً فتفتق وانفتق ق

ويمه . يجوز ان يندر للظروف ما يحتمل الزيادة والنقيصة ولا يجوز وضع ما يزيد الا مع المراضاة
ويجوز بيعه مع الظرف من غير وضع الاندار بالدال المهملة الاسقاط والمراد اسقاط قدر معين
للظروف يحتمل كونها بذلك القدر او تزيد يسيرًا او تنقص يسيرًا فلو علم نقصانًا زيادة المسقط على
وزنها لم يصح الا بتراضي المتبايعين لان في ذلك تضييعًا لمال احدهما بخلاف ما اذا كان
برضاهما وكما لا يجوز وضع ما يزيد كذا ما ينقص لاشتراكهما في المعنى والمراد بيعه بالظروف من غير
وضع جعل مجموع الموزون من الظرف والمظروف بسعر واحد ولا يضر جهل وزن كل واحد
لان معرفة الجملة كافية كنظايره مما بيع منضمًا يستحب ان يتفقه فيما يتولاه المراد
بالتفقه هنا العلم باحكام الشرعية بما يزاوله من المتجر ولو بالتقليد ليعرف صحيح العقد
من الفاسد ويعمل بمقتضى احكامه وقد قال عليه السلم من اتجر بغير علم فقد ارتطم في الربوا
ثم ارتطم وكان عليه السلم يقول يا معشر التجار الفقه ثم المتجر والله الربا في هذه الامة
اخفى من دبيب النمل على الصفا التاجر فاجر والفاجر في النار الا من اخذ الحق واعطى الحق
وان يساوي البايع بين المتاعين في الانصاف بمعنى انه لا يفاوت بينهم بسبب
المماكسة وعدمها ولا بين الصغير والكبير ونحوهما اما لو فاوت بينهما بسبب الفضل والدين فلا باس
وان يقيل من استقاله عن ابي عبد الله عليه السلام قال ايما عبد مسلم
اقال مسلمًا في بيع اقاله الله عثرته يوم القيمة وان يشهد الشهادتين وان يكبر الله تعالى
اذا اشترى ولكن التكبير ثلثًا وليقل بعده اللهم اني اشتريته التمس فيه فضلك فاجعل
لي فيه فضلًا اللهم اني اشتريته التمس فيه رزقًا فاجعل لي فيه رزقًا ومحله بعد الشرا
وان يقبض لنفسه ناقصًا ويعطي راجحًا ولو تنازعا في تحصيل الفضيلة قدم من بيده
الميزان او المكيال ويكره مدح البايع لما يبيعه وذم المشتري لما يشتريه لقوله
صلى الله عليه وآله من باع واشترى فليحفظ خمس خصال والا فلا يشتري ولا يبع الربا
والحلف وكتمان العيب والحمد اذا باع والذم اذا اشترى ولو ذم سلعة نفسه صادقًا
فلا باس والبيع في موضع يستر فيه العيوب كالموضع المظلم حذرًا من الغش

قال هشام

قال هشام بن الحكم كنت ابيع السابري في الظلال فمر بي الكاظم عليه السلم فقال يا هشام
ان البيع في الظلال غش والغش لا يحل ومثله اظهار جيد المتاع وكتم رديه
فقد قال النبي صلى الله عليه وآله لفاعل ذلك ما اراك الا قد جمعت خيانة وغشًا
للمسلمين والربح على المومن الا مع الضرورة فيتربح قوت يومه موزعًا على
ساير المعاملين المومنين في ذلك اليوم هذا اذا اشترى منه للقوت وكان بمائة درهم
فصاعدًا اما لو اشترى للتجارة فلا باس قال الصادق عليه السلم ربح المومن على
المومن حرام الا ان يشتري باكثر من مائة درهم فاربح عليه قوت يومك او اشتراه للتجارة
فاربحوا عليهم وارفقوا بهم وعلى من يعده بالاحسان بان يقول له هلم
احسن اليك فيجعل احسانه الموعود به ترك الربح عليه قال الصادق عليه السلم
اذا قال الرجل هلم احسن بيعك يحرم عليه الربح والسوم ما بين طلوع الفجر
الى طلوع الشمس اي الاشتغال بالتجارة ذلك الوقت لانه وقت دعا ومسئلة
وفي الحديث ان الدعا فيه ابلغ في طلب الرزق من الضرب في البلاد وفي خبر آخر
نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن السوم ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس
ومبايعة الادنين فسروا بمن لا يبالي بما قال ولا قيل فيه وبالذي
لا يسره الاحسان ولا يسوءه الاساءة وبالذي يحاسب على الادون والسفلة بعمام
وفي الحديث النهي عن معاملة ومخالطة من لم ينشأ في الخير وذوي العاهات
اي ذوي النقص في ابدانهم وعلل في عدم اختيارنا بانهم اظلم شيء والاكراد للحديث
عن الصادق عليه السلم وفي النهي عن مخالطتهم وعلله عليه السلم بان الاكراد حي من
احياء الجن كشف الله عنهم الغطا والتعرض للكيل والوزن اذا لم يحسنه
حذرًا من الزيادة والنقصان المودين الى المحرم وفي الاخبار النهي عنه وعن الصادق
عليه السلم الوضيعة بعد الصفقة حرام والمراد تاكيد الكراهة والزيادة في السلعة

الدون

والاحتطاط لنهي النبي صلى الله عليه وآله عنه

وقت النداء بل يصبر حتى يسكت ثم يزيد ان اراد قال الصادق عليه السلم كان امير المؤمنين عليه السلم
يقول اذا نادى المنادى فليس لك ان تزيد وانما يحرم الزيادة النداء ويحلها السكوت
ودخول المؤمن فى سوم اخيه على الاظهر المراد بالدخول فى سومه ان يطلب المتاع الذى يريد ان يشتريه
بان يزيد بالثمن ليقدمه او يبذل للمشترى متاعا غير ما اتفق عليه هو والبائع وقد نهى عنه فى الاخبار
قال صلى الله عليه وآله لا يسوم الرجل على سوم اخيه وهو خبر معناه النهى والاصل فى النهى
التحريم ومن ثم ذهب الشيخ وجماعة الى تحريمه واستظهر المصنف الكراهة للاصل والجهل لسند الحديث
ولو صح يعين القول بالتحريم وانما يحرم او يكره بعد تراضيهما او قربه فلو ظهر منه ما يدل على عدم
الرضا وطلب الزيادة او جهل حاله لم يحرم ولم يكره اتفاقا ولو طلب الداخل من الطالب الترك
لم يحرم وفى كراهته وجه ولا كراهة فى ترك الملتمس منه قطعا بل ربما استحب اجابته
اذا كان مؤمنا وان يتوكل حاضر لباد وقيل يحرم والاول اشبه المراد بالبادى الغريب
الجالب للبلد اعم من كونه من البادية او قرويا ومعناه ان يحمل البدوى او القروى متاعه
الى بلد فيأتيه البلدى ويقول انا ابيعه لك باعلى مما تبيعه به قبل ان يعرف السعر ويقول
له انا ابيعه لك واكون سمسارا وقد ورد النهى عنه ايضا قال صلى الله عليه وآله لا يبيع
حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض والكلام فى دلالته على التحريم
فى سنده كما تقدم وقد شرطوا فى تحريمه او كراهته شروطا الاول ان يكون الحاضر عالما
بورود النهى وهو شرط يعم جميع المناهى الثانى ان يظهر من ذلك المتاع سعة فى البلد
فلو لم يظهر اما لكبر البلد او لعموم وجوده ورخص السعر فلا تحريم ولا كراهة لان المقتضى
للنهى تفويت الربح وعدم الرفق على الناس ولم يوجد هنا الثالث ان يكون المتاع المجلوب
مما تعم الحاجة اليه ولا يحتاج اليه الا نادرا لا يدخل تحت النهى الرابع ان يعرض الحضرى
ذلك على البدوى ويدعوه اليه فان التمس الغريب ذلك لم يكن به باس الخامس ان يكون الغريب
جاهلا بسعر البلد فلو علم به لم يكره بل يكون مساعدته محض الخير وفى اشتراط ما عدا الاخير نظر

لاطلاق النص

لاطلاق النص وعدم منافاة التعليل له اما الاخير فالتعليل يشعر به وعلى القول بالتحريم لو وقع البيع
صح وان اثم ولا باس بشراء البلدى له للاصل وعدم تناول النهى له تلقى الركبان مكروه وحده
اربعة فراسخ اذا قصد ولا يكره ان اتفق اطلق المصنف القول بالكراهة هنا والخلاف فيه
والكلام كما سبق وقد ذهب جماعة الى تحريمه عملا بظاهر النهى الوارد فى الاخبار روى منهال القصاب
عن الصادق عليه السلم انه قال لا تلق ولا تشتر ما يتلقى ولا تاكل منه والاصل فيه
التحريم فحمله على الكراهة ليس بجيد نعم لم يمكن رده بجهالة بعض سنده ومنه يظهر وجه
ما اختاره المصنف وجماعة من الكراهة عملا بالاصل ويكفى فى اثبات الكراهة امثال ذلك
والمراد بالتلقى الخروج اربعة فراسخ فما دون الى الركب القاصد الى البلد للبيع عليهم او الشرا
منهم فهنا قيود الاول كون الخروج بقصد ذلك فلو خرج لا به فاتفق الركب لم يكره
ولم يحرم الثانى تحقق مسمى الخروج من البلد فلو تلقى الركب فى اول وصوله
الى البلد لم يثبت الحكم وان لم يكن قد عرف السعر ودخل بعض الركب فتلقى البعض الخارج
سقط النهى ايضا ويشكل بصدق التلقى للخارج منه الان فقال لا لصدق على
بعضه اسم الراكب الثالث ان لا يتجاوز اربعة فراسخ فلو زاد كان سفرا
للتجارة لا باس به الرابع جهل الركب بسعر البلد فيما يبيعه ويشتريه فلو علم بهما او باحدهما
لم يثبت الحكم فيه كما يشعر به التعليل فى قوله صلى الله عليه وآله لا يتلق احدكم تجارة
خارجا من المصر والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض والظاهر ان الاعتبار بعلم من
يعامل خاصة الخامس ان يكون التلقى للبيع عليه والشرا منه فلو خرج لغيرهما
من المقاصد ولو فى بعض المعاملات كالاجارة لم يثبت الحكم وفى الحاق الصلح
ونحوه من عقود المعاوضات يحتمله للعلة وعدمه اقتصارا فيما خالف الاصل
على المتيقن ولعل الحاق الصلح هنا اقوى ويحتمل قصر الحكم على الشرا منهم خاصة
نظرا الى ظاهر قوله صلى الله عليه وآله لا يتلق احدكم تجارة ولو قلنا بالتعميم يسمى
قصر البيع على ما فيه حظ وغبن فلو خرج ليبيع عليهم الماكول ونحوه فلا باس

اذا تقرر ذلك فنقول لو خرج واشترى منهم او باع عليهم انعقد البيع وان قلنا بالتحريم لان النهي عن
امر خارج عن حقيقة البيع خلافا لابن الجنيد ثم ان ظهر فيه غبن تخير الراكب بين فسخ البيع
وامضائه والاقوى انه على الفور اقتصارا في مخالفة عموم لزوم البيع والوفاء بالعقد على موضع
اليقين ووجه التراخي ان ثبوت اصل الخيار اجماعي فيستصحب الى ان يثبت المزيل
واختاره المص هنا وهو وجيه   وكذا حكم النجش وهو ان يزيد لزيادة من واطاه البائع
يحتمل كون المشبه به المشار اليه بذا مجموع الحكم السابق وهو الكراهة مع صحة البيع وثبوت
الخيار وكونه على التراخي على الخلاف وهذه الجملة احد الاقوال في المسئلة ويمكن كونه
الاخير وهو كون الخيار فيه على التراخي وهو يستلزم صحة البيع ولا يكون متعرضا لحكمه
من حيث التحريم او الكراهة والاقوى تحريمه لانه غش وخديعة وثبوت باقي
الاحكام السابقة وما عرفه به المص غير جيد لان الزيادة لزيادة من واطاه البائع
يكون للمشتري المخدوع وهو لا يتعلق به تحريم ولا كراهة اجماعا وانما المحرم نفس تلك
الزيادة من الخارج التي توجب انخداع المشتري فالاجود في تعريفه انه الزيادة
في السلعة ممن لا يريد شراها ليخدع غيره عليه وان لم يكن بمواطاة البائع فاذا تحقق
ذلك فالبيع صحيح ويتخير المشتري مع ظهور الغبن كما تقدم وقيل الاخبار هنا وقيل
مع ثبوته مع مواطاة البائع لا غير والاول اقوى وفي حكمه ما لو قال البائع اعطيت
في هذه السلعة كذا وصدقه المشتري فانه يتخير لو ظهر الغبن وان كان البائع صادقا
ولو كان كاذبا فكالنجش في التحريم ويزيد عنه بالكذب ولا يلحق ترك الزيادة في السلعة
بيعها بالثمن القليل للاصل   الاحتكار مكروه وقيل حرام والاول اشبه الاحتكار
افتعال من الحكرة بالضم وهو جمع الطعام وحبسه يتربص به الغلاء والاقوى تحريمه
لصحيحة اسمعيل بن زياد عن الصادق عليه السلم قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله
لا يحتكر الطعام الا خاطئ والمراد به فاعل الذنب وقال صلى الله عليه وآله الجالب
مرزوق والمحتكر ملعون والقول بالكراهة للشيخ في المبسوط وجماعة لقول الصادق
عليه السلم

عليه السلم يكره ان يحتكر الطعام وجوابه القول بالموجب فان المكروه احد معاني الحرام
فاذا دلت تلك الاخبار على التحريم تعين حمل المكروه عليه   وانما يكون في الحنطة والشعير
الى قوله وقيل في الملح هذا القول قوي وفي رواية اضافة الزيت وهو حسن   بشرط ان
يستبقيها للزيادة في الثمن ولا يوجد بايع ولا باذل   اطلاق كلامه مع شرطيته يقتضي عدم
الفرق بين كون هذه الاشياء من غلته او اشتراها لذلك وقد صرح العلامة بان الاحتكار
لا يتحقق الا بشرائها وحبسها وفي حسنة الحلبي دلالة عليه والاقوى عموم التحريم
مع استغنائه عنها وحاجة الناس اليها ولو في المال لمؤنته ووفادته ونحوهما او وجود باذل غيره
نعم يستحب مساواة الناس حالة الغلاء ولو ببيع ما يزيد عن حاجته وما عنده من الجيد
اذا لم يكن عند الناس الا الردي واستعمال ما يأكلون كما روي ذلك من فعل الصادق
عليه السلم   وشرط آخرون ان يستبقيها اي شرطوا ذلك مضافا الى ما تقدم
والاقوى تقييده بالحاجة لا بالمدة   ولا يسعر عليه وقيل يسعر والاول اظهر
الاظهر اظهر الا مع الاجحاف فيؤمر بالنزول عنه الى حد ينتفي الاجحاف والا لانتفت
فائدة الاجبار اذ يجوز ان يطلب في ماله ما لا يقدر على بذله او يضر بحال الناس
والغرض دفع الضرر   خيار المجلس   اضافة هذا الخيار الى المجلس اضافة الى بعض

المقصد الثاني في الخيار

امكنته فان المجلس موضع الجلوس وليس معتبرا في تحقق هذا الخيار بل المعتبر فيه
مكان العقد مطلقا او ما في معناه والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وآله البيعان
بالخيار ما لم يفترقا وهو اوضح دلالة من عبارة الفقهاء الا انه قد صار بمنزلة الحقيقة
العرفية وان كان فيه للتسمية   خصوصا لغة ونظيره في شرائط القصر ان لا يكون
سفره اكثر من حضره وقد حررناه في محله   ولكل من المتبايعين خيار الفسخ ما دام
في المجلس اطلاق المتبايعين يشمل المالكين والوكيلين والمتفرقين لان المتبايعين من فعلا
البيع وهو وان كان عبارة عن الايجاب والقبول وظاهر اطلاقه على من اوقع الصيغة
سواء كان مالكا او وكيلا وان كان عبارة عن انتقال الاعيان فيبنى على الانتقال
هو المتعاقدان ايضا لكن الحكم في المالكين واضح واما الوكيلان فان لم ينص لهما

الموكل على الخيار لم يكن لهما الفسخ سعى الحكم عنهما وان وكلهما فيه فان كان قبل العقد
بنى على الوكيل فيما لا يملكه الموكل هل يصح بوجه ام لا وسياتى فى بابه ان شاء الله فان لم يجوزه لم يكن
لهما ايضا ذلك فان جوزناه او كان التوكيل فيه بعد العقد فى المجلس كان لهما الخيار ما لم يفترقا
عملا باطلاق الخبر وهل يثبت مع ذلك للموكلين اذا حضرا المجلس قيل نعم لان الخيار لهما
بالاصالة ولانهما بيعان عرفا اذ يصدق على البايع عرفا انه باع متاعه اذا كان قد
وكل فى بيعه وباعه الوكيل وكذا المشترى ويحتمل العدم لانهما ليسا متبايعين بمعنى موقعي
الصيغة ولا ناقلين للملك وانما اوقعها ونقله الوكيلان ويحتمل ان لا يكون الخيار
الا لهما لانهما المالكان حقيقة المستحقان للخيار اذ الاصل فى الوكيلين
ان لا يستحقا خيارا املا متناول لهما الخبر ثم على تقدير ثبوت الخيار للجميع او للمالكين
فهل المعتبر تفرق الوكيلين ام المالكين ام الجميع كل محتمل ويشكل بتثنيته ضمير تفرقا فى بعض
الموارد ومن ثم قيل بان المراد بهما المالكان والضمير لهما ودخول الوكيلين فى الحكم بامر خارج
والوجه ثبوته لكل واحد منهما واعتبار تفرق كل منهما فى خيار نفسه لا فى خيار الاخر
والمسئلة من المشكلات ولو ضرب بينهما حائل لم يبطل الخيار لا فرق فى الحائل
من الرقيق كالستر والغليظ كالحائط والمانع من الاجتماع كالنهر العظيم وغيرها
لعدم صدق الافتراق بذلك فان المفهوم منه تباعدهما عن الحد الذى كانا عليه
ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث ابطله به وكذا لو اكرها على
التفرق ولم يتمكنا من التخاير المراد بالتخاير اختيار العقد والبقاء عليه بان يقولا
تخايرنا واخترنا امضاء العقد او امضيناه او التزمنا به وما ادى هذا المعنى
ويتحقق ذلك بمنعهما من الكلام بان يسد فوهما او هددا على التكلم فانه حينئذ
لا يسقط خيارهما بالتفرق بل لهما الفسخ عند زوال المانع لكن هل يعتبر حينئذ مجلس
الزوال او يكون الخيار على الفور وجهان اما احدهما كرها ومنع فالحكم فيه ما ذكروا علم
ان قيد التخاير هنا كناية عن الفسخ لان التزام العقد واختياره لا يتوقف على الكلام
بل لو تفرقا ساكتين لزم وانما يتوقف عليه الفسخ فيكون المنع معتبرا فيه لا فى التخاير

وسقط

وبه

وسقط باشتراط سقوطه فى العقد الخ مسقطات هذا الخيار اربعة ذكر المصـ
منها ثلثة الاول اشتراط سقوطه فى متن العقد فانه يسقط كغيره لانه شرط سائغ
يتعلق به غرض صحيح فيصح لقوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم ولو شرط
احدهما خاصة سقوطه سقط بالنسبة اليه دون صاحبه الثانى مفارقة
كل منهما صاحبه ويتحقق بانتقال احدهما من مكانه بحيث يبعد عن صاحبه وان قل
فلو انتقلا او احدهما لا كذلك بان تماشيا مصطحبين او قرب كل منهما الى صاحبه لم يضر
الثالث ايجابهما العقد واختيارهما له بان يقولا اخترنا العقد او التزمناه
او اسقطنا الخيار ولو اوجبه احدهما خاصة سقط خياره وبقى خيار الآخر
ولو رضيا باختيار صاحبه فهو فى حكم الاختيار اذ لا يختص بلفظ بل كل ما دل
على الرضا به كاف الرابع التصرف فان كان من المشترى كان التزاما بالبيع
وبطل خياره وبقى خيار البائع وان كان للبائع كان فسخا للبيع وبطل خيارهما ولا فرق
بين التصرف الناقل للملك وغيره لكن لو وقع الناقل من المشترى مع بقاء خيار البائع ففى صحته
اشكال ولو خيره فسكت فخيار الساكت باق وكذا الآخر وقيل قد سقط
والاول اشبه اما بقاء خيار الساكت فظاهر واما القائل فالاقوى انه كذلك لعدم حصول
احد الامور المسقطة فان تخييره صاحبه لا يدل على اختياره الامساك باحد الدلالات
وحديث ما لم يفترقا متناول له والقول بسقوط خياره للشيخ رحمه الله استنادا الى ما روى
عنه صلى الله عليه وآله بعد قوله ما لم يفترقا او يقل احدهما لصاحبه اختر وفى
هذه الزيادة نظر ولو كان الواحد عاقدا عن اثنين كالاب والجد كان الخيار ثابتا
ما لم يشترط سقوطه او يفارق المجلس الذى عقد فيه على قول عقد الواحد عن
اثنين يشمل ما لو كانا خارجين عنه كالوكيل عن المتبايعين وما لو كان احدهما كالاب
يعقد للصبى على ماله او بالعكس وكما لو كان احد المتبايعين وكيلا عن الآخر فانه يصدق
ايضا ان الواحد عاقد عن اثنين وقائم مقامهما وان كان هو احدهما والخيار المحكوم
بثبوته اعم من كونه لذلك العاقد ولو بالولاية كما لو كان ابا او جدا يبيع من نفسه

فان الخيار له وللطفل وله مراعاة الجانبين لكن في الطفل يراعي مصلحته وكونه لغيره كالوكان
وكيلا في العقد خاصة فان الخيار للمتبايعين لا له ان قلنا به وقوله ما لم يشترط سقوطه او يلتزم
بعضها انما يتم مع الاشتراط والالتزام كالاب والجد الذي يتولى بهما فلو كان وكيلا في ايقاع
الصيغة لم يكن له ذلك ولو اريد العموم كان المراد ما لم يشترط او يلتزم حيث يكون له ذلك
وايضا فالالتزام عنهما لا يدخل فيه ما لو كان احدهما الا بتكلف ففي العبارة قصور عن
تادية الحكم المطلوب من المسئلة اذا تقرر ذلك ففي حكم خيار المجلس هنا ثلثة احتمالا
الاول ما حكاه المص من ثبوت ما لم يحصل احد الامرين او يفارق العاقد المجلس
الذي عقد فيه ووجهه ان المعتبر في سقوط خيار المتعاقدين مفارقة احدهما
مجلس العقد ولما كان ذلك متعذرا هنا لان الواحد لا يفارق نفسه واعتبر فيه الممكن
وهو مفارقته مجلس العقد لانه مشبه لمفارقة احد المتعاقدين وهذا القول نقله
الشيخ في المبسوط ولم يذكر قائله ويضعف بان الواقع في الحديث هو الافتراق لا
مفارقة مجلس العقد فلو خرجا منه مصطحبين لم يبطل خيارهما وان تمادى طويلا
فلا يتم ما وجهه الثاني ثبوته دائما ما لم يلتزماه او يشرط سقوطه ووجهه
السابق فان المسقط هو المفارقة ولم يتحقق والمفهوم من قوله صلى الله عليه وآله
ما لم يفترقا اراده السلب لا عدم الملكة اي عدم الافتراق عما من شانه الافتراق او يحتمل
لهما فيثبت الخيار بمقتضى صدر الحديث ويحصل الشك في المسقط فيستصحب الى ان
يثبت المزيل وهذا الاحتمال قطع به العلامة في التذكرة وهو ظاهر اختيار الدروس
فانه حكم بثبوت الخيار وابطله بما يبطل به خيار المتعاقدين ومن جملته التفرق ولم يتحقق
هنا مع احتماله على بعد القول الاول الثالث عدم ثبوته اصلا عملا بظاهر
الحديث من اعتبار المغايرة بين المتعاقدين الموجب لترتب التفرق عليهما وهذا الاحتمال
لم يذكره في التذكرة ولا اشار اليه في الدروس بل جزم بثبوت الخيار ولكن لك عبارة الكتاب
ليس فيها اشعار به فان قوله على قول يشير به الى ما جرت عادتهم به من نقل القول الذي
ذكره في المبسوط وهو سقوط الخيار بمفارقة العاقد المجلس الى قوله او يفارق المجلس

مع ان ظاهر

مع ان ظاهر الحديث ادل عليه من الاخرين والمسئلة لا تخلو من اشكال وان كان القول
الاوسط اوسط والشرط فيه كله ثلثة ايام اراد بالشرط هنا الخيار في الثلثة مجازا
واخذ ذلك من لفظ الحديث الصحيح عن الصادق عليه السلم الشرط كله في الحيوان ثلثة ايام للمشتري
ونبه بقوله كله على خلاف ابي الصلاح حيث ذهب الى ان الخيار في الامة مدة الاستبراء
والحديث حجة عليه للمشتري خاصة دون البايع على الاظهر نبه بالاظهر
على خلاف المرتضى رضي الله عنه حيث ذهب الى ان الخيار لهما ولصحيحة محمد بن مسلم
عن الصادق عليه السلم المتبايعان بالخيار ثلثة ايام في الحيوان صريحة الدلالة على ما ادعاه
وما تقدم في صحيحة الحلبي من اثبات خياره للمشتري غير مناف لثبوته للبايع الا من
حيث المفهوم المخالف وهو ضعيف فالقول به في غاية القوة ان لم يثبت الاجماع على خلافه
وحملت الرواية على ما لو باع حيوانا بحيوان وهو تخصيص بغير مخصص وعلى ان الخيار للمشتري على
وللبايع فهو بالنسبة اليهما معا فيه ثلثة ايام وضعف بان مقتضى الخبر كونه لهما كما في قوله
صلى الله عليه وآله البيعان بالخيار ما لم يفترقا وعلى ان اثبات الخيار للمجموع من حيث هو
مجموع فلا يدل على ثبوته للافراد وفيه ما روي في الدروس الشهرة بل الاجماع على خلافه
وهو يؤذن بدعوى الاجماع فان ثبت فهو الحجة والا فلا ويبقى الكلام فيما لو باع حيوانا بحيوان
فقد قيل بثبوته لهما نظرا الى تحقق الحكمة من الجانبين فان اختصاص الحيوان بالخيار لاشتماله
على امور باطنة لا يطلع عليها غالبا الا بالتروي والاختبار مدة وفيه جمع بين الاخبار المختلفة
ظاهرا وقيل بعدمه وان الخيار للمشتري مطلقا التفاتا الى الحديث السابق والشهرة او الاجماع
والاول اقوى ولو كان الثمن خاصة حيوانا ثبت الخيار للبايع خاصة على الاقوى فيه سواء كان (ويتصرفهم)
تصرفا لازما كالبيع او لم يكن كالهبة قبل القبض والوصية لا خلاف في سقوطه بالتصرف
ولانه دليل على الرضا ولقول الصادق عليه السلم فان احدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلثة
الايام فذلك رضا منه فلا شرط له قيل له وما الحدث قال ان لامس او قبل او نظر منها الى ما
يحرم عليه قبل الشرا واطلاق التصرف والحديث يشمل الناقل وغيره ومطلق الانتفاع كركوب
الدابة وتحميلها وحلب ما يحلب ونحو ذلك ولو قصد به الاستخبار ففي منعه من الرد قول

لا باس به اسيساه اعدمنه ما نعلم به الحال بان مركب الدابة قدر ايظهر به فراهتها
وعدمه وحلب الشاة بحيث يعلم حالها ونحو ذلك فلو زاد عنه منع ولو ساق
الدابة الى منزله فان كان قريبا بحيث لا يعد تصرفا عرفا فلا اثر له وان كان
بعيدا كثيرا احتمل قويا منعه وبالجملة فكل ما يعد تصرفا وحدثا يمنع والا فلا
لكن يجب ان يكون مده مضبوطه لا فرق في المدة المشترطة كونها طه
متصلة بالعقد ومنفصلة عنه مع ضبطها فلو شرطاها متاخرة صار العقد لازما
بعد المجلس وجايزا فيها وفي جواز جعلها متفرقة كذلك وجهان اجودهما
ذلك وخرج بقوله مدة مضبوطة ما لو جعلاها محتملة للزيادة والنقصان فانه
لا يصح قولا واحدا واما لو اطلقا فانه لا يصح الا على الاقوى خلافا للشيخ رحمه الله
حيث جعله مع الاطلاق ثلثة ايام مدعيا فيه النص والاجماع وهما ممنوعان
اما الاجماع فواضح واما النص فلم نقف عليه كذلك الا في خيار الحيوان
ولو شرطه كذلك بطل البيع بناء على بطلانه بالشرط الفاسد وهو الاقوى وقيل مع
فساد الشرط يصح العقد مجردا عنه وهو ضعيف ويجوز اشتراط المؤامرة هي
مفاعلة من الامر بمعنى اشتراط البايع او المشتري او هما استيمار من سمياه في العقد
والرجوع الى امره ولا بد من تعيين مدة لذلك مضبوطه فيلزم العقد من جهتهما و
توقف على امره فليس للشارط ان يفسخ حتى يستامره ويامره بالرد لانه جعل
الخيار له دونه خلافا للتحرير والفرق بين المؤامرة وجعل الخيار للاجنبي ان الغرض من
المؤامرة الانتهاء الى امره لانه جعل الخيار له دونه بل لو اختار المؤامر الفسخ والامضا
لم يلزم بخلاف من جعل له الخيار واشتراط مدة يرد فيها البايع الثمن اذا شاء ويرتجع
المبيع هذا راجع الى اشتراط الخيار للبايع مدة مضبوطة لكن مع قيد زايد وهو رد الثمن
والاصل في جوازه قبل الاجماع الاخبار عن اهل البيت عليهم السلم وحينئذ فاذا
رد البايع الثمن او مثله مع الاطلاق فسخ البيع ويكفي مجرد الرد ولو شرط ارتجاع بعضه
ببعض الثمن والخيار في البعض ففي صحته نظر من مخالفة المنصوص ومن عموم المؤمنون

عند شروطهم

عند شروطهم وهو اوجه ولو شرط المشتري ارتجاع الثمن اذا رد المبيع صح ايضا
ويكون الفسخ مشروطا برده ولا يتعدى الى مثله بخلاف الثمن من اشترى شيئا
ولم يكن من اهل الخبرة وظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن فيه كان له فسخ العقد
المشهور بين الاصحاب خصوصا المتاخرين منهم ثبوت خيار الغبن وكثير من المتقدمين
ونقل عن المص في الدروس القول بعدمه والاخبار بخصوصه خالية نعم في تلقي الركبان
تخييرهم اذا غبنوا واستدلوا عليه ايضا بخبر الضرار ونظهر من التذكرة عدم الخلاف وردهم
من علمائنا وكيف كان فالاجود ثبوته اذا تقرر ذلك فثبوته مشروط بامرين ذكرهما
المص احدهما جهالة المغبون بالقيمة والمراد بها وقت العقد فلو عرف القيمة ثم
زاد او نقص مع علمه او تجددت الزيادة او النقص بعده فلا غبن ولا خيار اجماعا ولا
فرق في الجاهل بها بين من يمكنه معرفتها ولو بالتوقف وغيره وثانيهما الزيادة والنقيصة
الفاحشة التي لا يتسامح الناس بمثلها عادة بان يبيعه ما يساوي مائة وخمسين
ونحوها فلو تبين التفاوت اليسير الذي يتسامح بمثله في العادة كالدرهم في المائة
بل الخمسة دراهم فيها فلا غبن وبالجملة فلا يعد مرد لذلك شرعا وما هذا شانه يرجع فيه
الى العادة وطريق معرفة الثاني ظاهر لانه يمكن اقامة البينة على القيمة فيناط بها
واما الاول فان امكن اقامة البينة عليه فواضح ولكن هل يقبل قول مدعيه في الجهالة
حيث يمكن في حقه الظاهر ذلك لاصالة عدم العلم ولان العلم والجهل من الامور
التي يخفى غالبا فلا يطلع عليها الا من قبل من هي به ويحتمل عدم قبول قوله لاصالة
لزوم العقد ووجوب الوفاء به فيستصحب الى ان يثبت المزيل ويشكل بانه
ربما يتعذر اقامة البينة ولم يمكن معرفة الخصم بالحال فلا يمكن من رد اليمين عليه فالحلف
على عدمه فيسقط الدعوى بغير بينة ولا يمين نعم لو علم ممارسته لذلك النوع
في ذلك الزمان والمكان بحيث لا يخفى عليه قيمته لم يلتفت الى قوله
كان له الفسخ اذا شاء قد يستفاد من اطلاق المسئلة ان الخيار فيه
على التراخي كما هو احد القولين في المسئلة ووجه ثبوت اصل الخيار

مستصحب الى ان يثبت المزيل لاستناء الدليل على خصوص الفورية والاقوى انه على الفور
لما تقدم فى نظيره من عموم الامر بالوفا بالعقد وان الاصل بناء العقود على اللزوم فيقتصر
فيما خالفه على موضع اليقين وهو القدر الذى يمكن حصوله فيه ولا فضا التراخى
الى الاضرار بالمردود عليه حيث يختلف الزمان ويودى الى تغير المبيع نعم لو جهل اصل
الخيار والفورية عذر الى حين العلم بها ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف
اذا لم يخرج عن الملك ويمنع مانع من رده كالاستيلاد فى الامة والعتق اطلاق العبارة
يشمل ما لو كان المتصرف الغابن فيما وصل اليه من العوض والمغبون فى العين المغبون
فيها ومقتضى قوله اذا لم يخرج عن الملك انه مع الخروج يسقط الخيار وهو يتم اذا كان
التصرف المخرج من ذى الخيار فانه لا يمكنه رد العين المنتقلة عنه واما لو كان الاخر
فيمكنه الفسخ حينئذ والرجوع بالمثل او القيمة على من نقل العين وبهذا صرح
جميع الاصحاب وتحرير المسئلة ان التصرف المخرج من ذى الخيار انه لا يمكنه
رد العين المنتقلة عنه وتحرير اقسام المسئلة ان التصرف اما ان يكون فى المبيع خاصة
او فى الثمن خاصة او فيهما وعلى التقادير الثلثة فالتصرف اما ان يخرج عن الملك
او ما فى حكمه وهو المانع من الرد او لا ثم المخرج او ما فى حكمه اما ان يزول بحيث يعود الملك
الى الناقل بغير مانع او يستمر ثم التصرف المانع من الرد اما ان يرد على العين او المنفعة
كالاجارة وزوال المانع من الرد اما ان يكون قبل العلم بالعين وبعده فاقسام المسئلة
خمسة واربعون قسما وتحقيق الحكم فيه جملة اذا المغبون ان كان هو البايع لم
يسقط خياره بتصرف المشترى سواء اخرج المبيع عن ملكه ام لا لاصالة بقاء
الخيار وعدم الدليل الدال على سقوطه فان تضرر البايع لا يسقط اعتباره بتصرف من ضرر
عليه فان فسخ ووجد العين باقية على ملك المشترى ولم يتغير بفعله بما يوجب
زيادة القيمة ولا مانع من ردها اخذها وان وجدها متغيرة بان وجد الثوب
مقصورا ومصبوغا او الحنطة مطحونة او البستان محروثا ونحو ذلك فان كان العمل
صبغه محضه اخذ العين وفى استحقاق المشترى اجرة عمله وجه قوى وان
كان عينا

كان عينا كالصبغ كان شريكا بنسبته ولو وجد العين ناقصة فان لم يكن
النقص بفعل المشترى اخذها ان شاء ولا شىء له وان كان بفعله فالظاهر انه كذلك
لانه تصرف فى ملكه تصرفا ماذونا فيه فلا يتعقبه ضمان ولو وجدها ممزوجة
بغيرها فان كان مساويا او اردى صار شريكا بالنسبة او الرجوع الى الصلح ونحوه احتمالات
والثالث لا يخ من قوة لبقاء ماله واصالة بقاء خياره ولو مزجها بغير الجنس بحيث لا يتميز
فكالمعدومة وان وجدها منتقلة بعقد لازم كالبيع او ما فى حكمه كالعتق رجع الى
المثل او القيمة وكذا لو وجدها على ملكه مع عدم امكان ردها كما لو وجد الامة ام
ولد ولو زال المانع من الرد قبل الحكم بالعوض فان رجع الى ملكه او مات الولد احتمل
اخذ العين والعدم لبطلان حقه بالخروج فلا يعود ويحتمل الفرق بين استقالها بالبيع
ونحوه ومانع الاستيلاد فيبطل فى الاول دون الثانى لزوال الملك فى الاول
المبطل للرجوع فى العين بخلاف الثانى فان الملك باق وانما منع من الرد مانع وقد
زال وهذا الوجه لا يخ من قوة ولو كان العود بعد الحكم بالعوض سواء اقبضه
ام لا لم يرجع الى العين مع احتماله لو كان قبل اخذ العوض ولو كان العقد الناقل
مما يمكن ابطاله كالبيع بخيار للمشترى والهبة قبل القبض احتمل قويا الزامه بالفسخ
فان امتنع فسخ الحاكم فان تعذر قيل يفسخ المغبون بل قيل ان له الفسخ مطلقا
وهو بعيد وان وجد المانع من الرد بعقد المانع على وجه اللزوم كالاجارة
والتحبيس جاز له الفسخ والانتظار لانقضاء المدة وتصير ملكه لم حيث هى و
نظيرها الفايدة فى ملكه لا تدخل فى ملك المعير المنقولة من حمل وثمرة واستخدام و
عتق ونحوها وهل يرد العوض عاجلا بحمله لعود الملك اليه بالفسخ ودخوله
على تحمل الصبر وعدمه نظرا الى المانع من الانتفاع التام والاول اقوى
ومثله ياتى فى الشفيع اذا اخذها ووجد العين مشغولة ينتظر ذلك ولو
لم يكن النقل لازما كالاعارة فللمغبون الفسخ واعادة العين هذا كله اذا
لم يكن قد تصرف فى الثمن تصرفا يمنع من رده فلو تصرف كذلك احتمل قويا

سقوط خياره كما لو تصرف المشتري المغبون في العين واطلاق جماعة من الاصحاب الحكم
ببطلان رجوع المغبون مع تصرف المانع وتعليلهم يشمله وان كان المغبون هو
المشتري لم يسقط خياره بتصرف البايع في الثمن مطلقا فيرجع الى العين او المثل او القيمة
وما تقدم من التفصيل آت هنا واما تصرفه فيما غبن فيه فحيث علقه بالعين فان كان
ناقلا للملك لازما او مانعا من الرد كالاستيلاد سقط خياره اللهم الا ان يعود الى ملكه بحيث
لا ينافي الفورية او بموت الولد لكن لو لم يحصل تغير في العين سوى مدة الاجارة
لكن يحتمل حينئذ جواز الرد وما تقدم من الاحتمالات آت هنا ولو كان غير لازم
فسخ العقد وردها ولو نقصت العين او تغيرت قبل العلم بالغبن او قبل الفورية
ففي منعه من الرد احتمال مما ذكرناه يعلم حكم ما لو كانا مغبونين وما لو تصرفا معا بوجوه
التصرفات واعلم ان هذه المسئلة من المهمات وفروعها متكثرة والاصحاب
لم يحرروها على وجهها وفي كثير من فروعها اشكال ناش من عدم النص والفتوى
ولا يثبت به ارش بمعنى ان اللازم من الغبن الخيار لا التفاوت بين الثمن
والقيمة الموجب للغبن سواء بذله الغابن ام لا وقد استشكل في التذكرة في ثبوت
الخيار للمغبون لو بذل الغابن التفاوت مع دعواه الاجماع على عدم ثبوت الارش به
ووجه التردد من انتفاء موجب الغبن وهو النقص مع بذله ومن ثبوت
الخيار فلا يزول الا بدليل ولم يثبت ان زوال الضرر يقتضي زواله والاصح بقاء
الخيار نعم لو تراضيا على كون التفاوت في مقابلة الفسخ صح وكان معاوضة
اخرى من باع ولم يقبض الثمن ولا سلم المبيع ولا اشترط تاخير الثمن
فالبيع لازم ثلثة ايام ثم له هذا النوع من الخيار وربما اطبق الجمهور على عدمه كما اطبق
اصحابنا على ثبوته واخبارهم به متظافرة وخبر الضرار بن شداد منه وهو
مشروط بثلثة شروط الاول عدم قبض الثمن الثاني عدم تقبيض المبيع الثالث
عدم اشتراط التاجيل في الثمن والمثمن وبعض كل واحد منهما ولو ساعة
فتفصيلا انما خالف الاصل على مورده وقبض بعض كل واحد منهما كلا قبض
مجتمعا

مجتمعا ومنفردا لصدق عدم قبض الثمن واقباض المثمن متناولة النص وهو قبض الجميع
او اقباض الجميع فلا خيار وان عاد بعد ذلك اليه وشرط القبض المانع من الخيار كونه باذن
مالكه فلو دفع بدونه فلا اثر له وكذا لو ظهر مستحقا لغير المشتري او بعضه ولا يسقط هذا
الخيار بمطالبة البايع بالثمن بعد الثلاثة وان كان مرشدا الى الرضا بالعقد عملا بالاستصحاب
وزوال مقتضيه ولو بذل المشتري الثمن بعدها قبل الفسخ احتمل سقوط الخيار
وهو الذي قطع العلامة به في كتبه محتجا بزوال المقتضي لثبوته وهو الضرر بالتاخير
ويحتمل بقاؤه عملا بالاستصحاب وزوال مقتضيه بعد ثبوته لم يؤثر في نظايره
واعلم ان للشيخ رحمه الله قولا بجواز الفسخ متى تعذر الثمن وقواه الشهيد
في الدروس وكان مستنده خبر الضرار اذ لا نص فيه بخصوصه وليس ببعيد
الا ان التمسك بلزوم العقد ووجوب الوفا به اقوى واخذه مقاصة يرفع
الضرر ان تمكن من اخذ العين والا فلا يرفع الفسخ ولو تلف كان من
مال البايع في الثلاثة وبعدها على الاشبه الخلاف في تلفه قبل الثلث
فقد قال المفيد ومن تبعه انه من المشتري لان المبيع انتقل اليه
والتاخير لمصلحته وذهب الاكثر الى انه من ضمان البايع لعموم الدليل الدال
على ان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه وهو الاقوى
ولو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء بالثمن قبل الليل والا فلا بيع له
مستند ذلك ما روي عن الصادق عليه السلم والكاظم عليهما السلم فيمن
اشترى ما يفسد في يومه وتركه حتى ياتيه بالثمن قال ان جاء
فيما بينه وبين الليل والا فلا بيع له وعبارة المص احد عبارات الاصحاب
قبل الشهيد رحمه الله وانسب بمدلول الرواية واكثرهم عبر عن ذلك بعبارة
ردية ولا تؤدي المطلوب بل ضده فقال والخيار فيما يفسد من يومه
الى الليل والغرض كما علم من الرواية ان البيع لازم الى الليل ثم يثبت
للبايع الخيار ويبقى في المسئلة اشكال عام وهو ان الغرض من اثباته

الخيار تلافي ضرر البايع قبل تلف المبيع بان يفسخ البيع ويبيعه لغيره قبل تلفه
وهذا المعنى يقتضي ان يكون الفسخ قبل التلف واذا كان مبدا الخيار دخول الليل
وليس المبيع مما يفسد ليومه الذي هو ماض نهار البيع فانه بمضيه يثبت الخيار
والحال ان المسئلة مفروضة فيما يفسد ليومه والرواية ايضا داله عليه وحينئذ
فثبوت الخيار بعد فساده لا وجه له وانما ينبغي ثبوته اذا خيف فساده بحيث
يتلافي امره قبله واجود ما اتفق هنا عبارة الدروس فانه فرض المسئلة فيما
يفسده المبيت واثبت الخيار عند انقضاء النهار ثم استقرب تعديته
الى كل ما يتسارع اليه الفساد عند خوف ذلك وانه لا يتقيد بالليل واكتفى
في الفساد بنقص الوصف وفوت الرغبة كما في الخضراوات واللحم والعنب
وكثير من الفواكه واستشكل فيما لو استلزم التاخير فوات السوق وهذا التفريع
كله حسن الا ان فيه خروجا عن موضع النص نعم يمكن استفادته من
ايمائه ومن خبر الضرار المنفي مع ان المستند مرسل لكنه لا راد له على هذا لو كان
مما يفسد في يومين تاخر الخيار الى الليل الى حين خوف الفساد واحتمل في التذكرة
ثبوته من الليل وهو بعيد   وخيار العيب ياتي في بابه انما افرد في باب
عن باقي انواع الخيار لكثرة مباحثه وتشعب مسايله فحسن جعله فصلا براسه
بخلاف غيره فان مباحثه متقاربة   خيار المجلس لا يثبت في شيء من العقود
عدا البيع هذا مما لا خلاف فيه بين علمائنا ويدل عليه قوله صلى الله عليه وآله وسلم
في الحديث السابق البيعان بالخيار ما لم يفترقا والاصل في غيره اللزوم و
وجوب الوفاء بالعقد ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث اثبته فيما شابه
البيع من عقود المعاوضات كالاجارة والمزارعة والمساقاة على خلاف في ذلك
عندهم واما الشيخ رحمه الله فاثبته في المبسوط في عقود جائزة مثل
الوكالة والمضاربة والوديعة وهو غير جيد لان العقود الجائزة يصح فسخها
بعد ولا معنى لاثبات خيار المجلس فيها   وخيار الشرط يثبت في كل عقد

عدا النكاح

عدا النكاح والوقف وكذا الابرا والطلاق والعتق الا على رواية شاذة اما جواز الشرط
في العقود فلعموم الاخبار الدالة على جواز الاشتراط ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث
نفاه في كثير من العقود ويستثنى من البيع ما يعقبه كشرا القريب فانه لا يثبت فيه
خيار الشرط ولا المجلس وكذا شراء العبد نفسه ان جوزناه لانه مناف لمقتضاه واما
استثناء ما ذكر فلان النكاح لا يقصد فيه المعاوضة والوقف ازالة ملك على وجه
القربة ومثله العتق وقريب منه الابرا وهذه المواضع محل وفاق وهو الحجة
واما التعليل فلا يصلح لتخصيص النص العام وكذا القبول وفي معناه الخلع والمباراة
وفي   العتق والتدبير وان كان جايزا والمكاتبة المطلقة اما المشروطة فجوز جماعة
فيها خيار الشرط للمولى وللعبد عند الشيخ واستثنى الشيخ ايضا من العقود الصرف
مدعيا الاجماع واطلق المتاخرون على ثبوته فيه ومنع الاجماع وهو احسن لعموم الخبر
واعلم ان استثناء المص الطلاق والعتق من العقود اما مسقطا لانهما من باب
الايقاع او محمول على اطلاق العقد على ما يعم الايقاع   وكذا القول في الابراء
ان لم يشترط القبول   التصرف يسقط خيار الشرط كما يسقط خيار الثلثة
قد تقدم الكلام في التصرف وضابطه ما يعد تصرفا عرفا كلبس الثوب للانتفاع
وركوب الدابة واستخدام العبد وحلب الشاة ونقله عن الملك وان لم يكن
لازما وقد استثنى من ذلك كونها لدفع الجموح اذا عسر قودها وسوقها في طريق
الرد وعلف الدابة وسقيها فيه وقبل التمكن من الرد واستعمال المبيع للاختبار قدرا
يظهر به حاله فلو زاد ولو خطوة منع ولو وضع على الدابة سرجا ونحوه وركبها
للاختبار زاد بعد تحصيل الغرض الى ان نزعه فان ابقاه منع لانه انتفاع
واستعمال ويعذر في ترك العذار واللجام وللحاجة اليهما في قودها وكذا نعلها
مع حاجتها اليه بحيث يضرها المشي الى المالك بغير نعل والا كان تصرفا ولو وقع
التصرف نسيانا ففي منعه من الرد نظر من صدقه وعدم قصده   ولو كان
الخيار لهما وتصرف احدهما سقط خياره هذا في طرف المشتري واضح فان تصرفه
يوجب البيع له ويسقط خياره واما في طرف البايع فهو فسخ للبيع فان الضابط

ان كان ما اجازه من المشترى كان فسخا من البايع واطلاق سقوط الخيار حسد بتكلف
نعم يمكن ثبوت الحكم فى طرف البايع اذا تصرف فى الثمن فانه يسقط خياره فى المبيع ومعه يصح الحكم
ولو اذن احدهما وتصرف الاخر سقط خيارهما اما خيار المتصرف فواضح واما الاذن
فوجه سقوط خياره دلالة الاذن على الرضا بالتصرف فيكون الزاما من البايع بالبيع واما
من المشترى فلان تصرف البايع يبطل البيع فلا يبقى لخيار المشترى اثر ولو لم يتصرف الماذون
لم يبطل خياره وفى بطلان خيار الاذن نظر من دلالته على الرضا المزيل لحقه ومن عدم استلزام
الرضا بالتصرف زوال الخيار كان غايته فسخ ووعد ان يكون ولا يقتضى الزوال بالفعل
والاطلاق جماعة كونه مبطلا وعدم البطلان اوضح ولو كان التصرف غير ناقل للملك ففى ابطاله الخيار
الاذن ايضا نظر لعين ما ذكر اذا مات من له الخيار انتقل الى الوارث من اى انواع الخيار كان
لا شبهة فى كون الخيار مطلقا موروثا لانه حق من الحقوق كالشفعة والقصاص ثم
ان كان الخيار خيار شرط ثبت للوارث فى نفس المدة المضروبة فلو كان غايبا او حاضرا ولم
يبلغه الخبر حتى انقضت المدة سقط خياره بانقضائها كالموروث وان كان خيار غبن
اعتبرت الفورية فيه حين بلوغه الخبر علم بالفورية وان طالت المدة وان كان خيار
مجلس وكان الوارث حاضرا فى مجلس البيع قام مقامه فى الخيار وهل يقوم باعتبار التفرق
او يبقى الحكم معلقا بمفارقة الميت او الاخر وجهان احدهما الثانى عملا بظاهر
النص فان ضمير تفرقا عايد الى المتبايعين والتفرق هنا يصدق بانتقال الحى وبقى
الميت مع عدم المصاحبة ومعها يبقى الى ان يتفرقا وربما احتمل هنا سقوط الخيار
بالموت لان مفارقة الدنيا ابعد من مفارقة المجلس وفى الاولوية منع فان المتبادر
من التفرق التباعد بالمكان كما سبق وانما هو ظاهر فى الجسم لا فى الروح مع ان الروح
لا يعلم مفارقتها للمجلس فيستصحب الحكم ولو كان الوارث غايبا عن المجلس ففى ثبوته
له حين بلوغه الخبر فوريا او لمستدامة باستدامة مجلس الخبر او سقوط الخيار بالنسبة الى
الميت اوجه ولو قيل بثبوت الخيار للوارث اذا بلغه الخبر واستدامته الى ان يفترق
الميت وما يعه كان وجها هذا كله مع اتحاد الوارث فلو تعدد فكذلك الا ان
ثبوت الخيار لكل واحد فى مجلسه اذا كان غايبا بعيد ولو اختلفا فى الفسخ والاجازة

قدم الفاسخ

قدم الفاسخ فى انفساخ الجميع او فى حصته خاصة ثم يتخير الاخير لتبعض الصفقة وجهان
اجودهما الاول ولو اعتبرنا تفرق الوارث والاخر ففارق احدهما الورثة لم يؤثر لعدم
صدق الافتراق بين المتبايعين نظرا الى قيام الجميع مقام المورث وفى هذه الفروع
كلها اشكال ولو جن قام وليه مقامه والكلام هنا كالموت بالنظر الى حضور
الولى وغيبته ولو كان خيار المجلس مثله ما لو خرس ولم يمكنه الاشارة المفهمة
والا اعتبر اشارته كاللفظ المبيع يملك بالعقد وقيل به وبانقضاء الخيار
والاول اظهر ما اختاره المصنف هو مذهب الاكثر وعليه العمل والمشهور ان القول
المحكى للشيخ الا انه صرح بكون ذلك مع كون الخيار للبايع او لهما فلو كان للمشترى
ملك من حين العقد وحينئذ فلا يصلح نسبة اطلاق القول بتوقف الملك على انقضاء
الخيار اليه ويظهر من ابن الجنيد اطلاق القول بذلك ولعل القول المحكى اشارة اليه
ثم على القول به مطلقا او مقيدا فهل يكون انقضاء الخيار مع عدم الفسخ كاشفا
عن ملك المشترى من حين العقد ام ناقلا له كل محتمل وتظهر من الشيخ اختيار الاول
وتظهر الفائدة فى النماء المنفصل كاللبن والحمل والثمرة المتجددة زمن الخيار فعلى المشهور
للمشترى وكذا على الكشف اذا لم يفسخ وعلى الاخر للبايع وفى الاخذ بالشفعة
زمنه وفى جريانه فى حول الزكوة لو كان زكويا وفيما لو اشترى زوجته فانه يبطل
النكاح على القول بالانتقال وعلى الاخر لا يبطل حتى ينقضى الخيار ثم ان كان
الخيار له جاز له وطوها وبطل خياره وكان النكاح الذى يتحقق به التصرف واقعا
بالزوجية على الثانى وبالملك على الاخرين وتظهر الفائدة فيما لو رتب على احدهما
حكما من الاحكام ولو كان الخيار لهما او للبايع ففى جواز وطيه وجهان وعلى الوجهين
يترتب عليه اثره من حكم الاستيلاد وعدمه ولو طلقها فى زمن الخيار قبل الوطى ومع على القول
بعدم الملك وكون انقضاء الخيار ناقلا له من حينه وعلى القولين الاخرين لا يقع لعدم
مصادفته الزوجين اذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بايعه المراد انه
ينفسخ العقد بتلفه من حينه ويرجع الثمن الى ملك المشترى فلو كان قد تجدد له نماء
بعد العقد وقبل التلف فهو للمشترى وليس للمشترى مطالبة البايع بالمثل او القيمة

وان كان الحكم بكونه من مال البايع يوهم ذلك وانما عبّر وابن لك تبعا للنص والمراد منه ما ذكرناه
وحينئذ فيقدر دخوله في ملك البايع قبل التلف ايا ما ويكون التلف كاشفا عنه ومثله دخول
الدية في ملك الميت والعبد المامور بعتقه في ملك المعتق عنه وحكى في التذكرة وجها ان الفسخ
هنا يكون من اصله وعليه فلا يحتاج الى التقدير وهذا كله اذا كان تلفه من الله تعالى
اما لو كان من اجنبي او من البايع تخير المشتري بين الرجوع بالثمن وبين مطالبة المتلف بالمثل
او القيمة ولو كان التلف من المشتري او بتفريطه فهو بمنزلة القبض فيكون التلف منه
وان كان في زمن الخيار من غير تفريط وكان الخيار للبايع فالتلف من المشتري وان كان للمشتري
فالتلف من البايع اذا تلف المبيع قبل القبض في زمن الخيار سواء كان خيار الحيوان ام المجلس
ام الشرط فلا يخلو اما ان يكون التلف من المشتري او من البايع او من اجنبي وعلى التقادير
الثلاثة فاما ان يكون للبايع خاصة او للمشتري خاصة او للاجنبي او للثلاثة او
للمتبايعين او للبايع والاجنبي او للمشتري والاجنبي فجملة اقسام المسألة احد وعشرون
وضابط حكمها ان التلف ان كان للمشتري فلا ضمان على البايع مطلقا لكن ان كان
له خيار او للاجنبي اختار الفسخ رجع على المشتري بالمثل او القيمة وان كان
التلف من البايع او من اجنبي تخير المشتري بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين مطالبة
المتلف بالمثل او القيمة ان كان له خيار وان كان الخيار للبايع والمتلف اجنبي
تخير كما مرّ ورجع على المشتري او الاجنبي وان كان التلف بآفة من عند الله
فان كان الخيار للمشتري او له او للاجنبي فالتلف من البايع والا فمن المشتري
خيار الشرط يثبت من حين التفرق وقيل من حين العقد لو هو شبه
القول الاول للشيخ رحمه الله ومن تبعه نظرا الى ان اجتماع الخيارين يوجب
تاكيد الحكم والحكمة التي هي مناط الخيار وهي الارتفاق والتاسيس خير منه واجتماع
المثلين وان الخيار بعد ثبوت العقد ولا يثبت الا بعد التفرق والاقوى الثاني
لان قضيه اللفظ ولعدم العلم بغاية المجلس فيحصل الشك في مبدأ خيار الشرط
واحتمال الزيادة والنقصان وهو يوجب الغرر واجيب عن حجة الشيخ بان الخيار
امر واحد غايته في المجلس ان يكون له جهتان ولا بعد فيه كما انه قد يجتمع خيار

المجلس والعيب

المجلس والعيب عند الشيخ ايضا ومثله القول في خيار الحيوان ولو كان الشرط للمشتري في
حيوان فلازم دليلهم ان مبدأ خيار الشرط انقضاء الثلثة بعد مبدأ التفرق لكن لم يصرحوا به
والاقوى ان مبدأ الجميع العقد وقد يجتمع للخيار جهات كثيرة حسب تعدد الخيار وعلى ما اجروه لو شرطا — للخيار
كونه من حين التفرق لم يصح الشرط لانه مجهول ويبطل معه العقد ولو شرطاه بعد الثلثة في الحيوان
صح لانه معلوم وعلى قول الشيخ لو شرطاه من حين العقد صح لعموم المؤمنون عند شروطهم وهو شرط مضبوط
ويحتمل البطلان نظرا الى ما ذكروه في بعض ادلتهم من اجتماع المثلين وتوقفه على ثبوت العقد
وشرط الخيار في احدهما على التعيين الخ مثبت الخيار فيه دون الآخر فان فسخ البيع فيه لم يكن
للآخر الفسخ لتبعض الصفقة لانه قدم على ذلك وخياره مشروط بالجهالة ويريد به
هنا اللفظ الدال على القدر الذي يشترك فيه افراد الحقيقة الخ نبه بقوله هنا ان الجنس المصطلح
عليه عند الفقهاء ليس هو الجنس المنطقي بل اللفظ الدال على الحقيقة النوعية وبالوصف الدال — اللفظ
على اصنافه ذلك النوع ولا مشاحة في الاصطلاح كالصرابة في الحنطة الصرابة فيها خلوها
من الخليط المعتبر كالشعير وانما يعتبر وصفه اذا كان النوعان موجودين معا وبين المتبايعين
ولو لم يتعارف بينهما غير الضرب كما يتفق في بعض البلاد لم يفتقر الى ما ذكره
والجدارة او الدقة الجدارة يقابل الرقة وانما يعتبر بها ويعتبرها المتبايعان مع علم معناها فلو جهلاه او احدهما
لم يكف بل وقع في نفس العقد باطلا للجهالة ويجب ان يذكر كل وصف يثبت الجهالة في ذلك
المبيع عند ارتفاعه المراد جهالة يوجب اختلاف اثمان تلك الاصناف المشتركة بحيث لا يتسامح
عادة بذلك التفاوت لاصل الجهالة والضابط في ذلك الاوصاف المعتبرة في المسلم وسيأتي
مفصله ان شاء الله تعالى والا كان المشتري بالخيار اي اذا ظهر ناقصا عن تلك الاوصاف
والا لم يكن له خيار وكذا القول في البايع لو ظهر المبيع زائدا ولو لم يكونا راياه كان الخيار لكل واحد منهما
اذا ظهر زائدا من وجه وناقصا من آخر كما لو وصف لهما الثوب بان طوله عشرون ذراعا وعرضه ذراع فظهر
خمسة طولا في عرض ذراع ونصف مثلا ووصف لهما العبد بانه كاتب خاصة فظهر خياطا خاصة
فيتخيران اما لو ظهر زائدا خاصة او ناقصا لكن لكل يخير البايع او المشتري خاصة وانما ترك المصنف
التفسير بالزيادة والنقصان في الاقسام الثلاثة اتكالا على ظهورها ولو اشترى ضيعة
راى بعضها ووصف له سائرها اراد بسائرها باقيها وهو الذي لم يكن رآه والاطلاق لفظ سائر

على الباقي وهو الموافق للوضع اللغوي واما اطلاقه على الجميع فقد نسبه في درة الغواص الى اوهام
الخواص ومنه قول النبي صلى الله عليه وآله لغيلان حين اسلم وعنده عشر نسوة
اختر اربعة منهن وفارق سايرهن اي من بقي بعد الاربع التي تختارهن ومن شواهد
كتاب سيبويه ترى الثور فيها مدخل الظل راسه وسايره بادٍ الى الشمس اجمع وعلى
اطلاقه على الجميع ايضا كما ادعاه بعضهم فالمراد هنا الاول والضيعة العقار والفسخ قال الجوهري
ثبت له الخيار فيها اجمع اي الذي راه والذي وصف له وليس له الفسخ فيما ظهر مخالفا
خاصة وهو الذي لم يره لانه مبيع واحد وهو الخيار اعني خيار الرؤية على الفور في اجود القولين
وثبوته لدفع الغرر فلو شرطا اسقاطه لم يصح في النقد والنسيئة النقد ماخوذ من قولك
نقدته الدراهم ونقدت له اي اعطيته فانتقدها اي قبضها والمراد به المبيع بثمن حال فكانه
مقبوض بالفعل او القوة والنسيئة ماخوذة من النسئ وهو تاخير الشيء قال الهروي سمعت الازهري
يقول انسات الشيء انسا ونسيئا اسم وضع موضع المصدر الحقيقي والمراد بها البيع مع تاجيل الثمن
وتاخيره واعلم ان البيع بالنسبة الى تعجيل الثمن والمثمن وتاخيرهما والتفريق اربعة اقسام
فالاول بيع النقد والثاني بيع الكالي بالكالي ومع حلول المثمن وتاجيل الثمن هو النسيئة وبالعكس
السلف وكلها صحيحة عدا الثاني فقد ورد النهي عنه في الاخبار وهو بالهمز مع النسيئة
ما النسيئة على ما فسره جماعة من اهل اللغة اسم فاعل كان كل واحد من المتبايعين يكلأ صاحبه
اي يراقبه لاجل ماله الذي في ذمته وفيه حينئذ اضمار اي بيع مال الكالي بماله الكالي
او اسم مفعول كالدافق من ابتاع مطلقا او اشترط التعجيل كان الثمن حالا اشتراط
التعجيل مطلقا يفيد تاكيده لحصوله بدونه نعم لو عين زمانه واخل به المشتري ولم يمكن
اجباره عليه افاد تسلط البايع على الفسخ وفاقا للدروس ويحتمل قويا جوازه مع الاطلاق
واعلم ان اشتراط التعجيل في الثمن من المشتري كما تقتضيه العبارة خالٍ عن المكنة في الاغلب
فكان نسبته الى البايع او الاطلاق اولى وان اشترط تاجيل الثمن صح ولا بد ان يكون مدة
الاجل معينة لا فرق في المدة المعينة بين الطويل والقصير فلو شرطها الف سنة ونحوها صح
وان علم انهما لا يعيشان اليها عادة للعموم ولان الوارث يقوم مقامهما لحلول موت المشتري
وفي ثبوت الخيار للوارث نظرا الى ان للاجل قسطا من الثمن وقد فات نظر ولا فرق في ذلك

في النقد والنسيئة

لكن مع

بين تسليم

من تسليم البايع المبيع في المدة وعدمه فلو منعه منه ظلما حتى انقضت المدة جاز له اخذ
الثمن حينئذ وانقطع الاجل ولو باعه بثمن حالا وبازيد منه الى اجل بطل والمروي انه
يكون للبايع اقل الثمنين في ابعد الاجلين الرواية المذكورة عن علي عليه السلم وفي سندها جهالة
او ضعف وقد عمل بها جماعة من الاصحاب وعدوها الى ما لو باع الى وقتين متاخرين والاقوى البطلان
وقول المص في ابعد الاجلين فيه الرواية وسمى الحال اجلا باعتبار ضمه الى الاجل في التثنية وهو
قاعدة مطردة ومنه الابوان والقمران وتثنيتهما بالاجلين لانه اخف كالحسنين والعمرين
والمراد ما بعدهما الاجل وفيه تجوز اخر من حيث ثبوت افعل التفضيل مع عدم الاشتراك في المصدر
لان الحال لا بعد فيه اذا لم يشترط ذلك في حال بيعه لا فرق في البطلان بين
المؤجل وغيره والمراد بالشرط في حال البيع شرطه في متن العقد فلو كان في نفسهما ذلك ولم يشترطاه
في العقد لفظا فان كانا يعلمان بان الشرط المتقدم لا حكم له فلا اثر له والا اتجه بطلان
العقد كما لو ذكراه في متنه لانهما لم يعقدا الا على الشرط ولم يتم لهما فيبطل العقد واطلق
كلامهم في تعليل البطلان مع الشرط المذكور فعلله في التذكرة باستلزام الدور لان بيعه
له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه ورد بان المتوقف على حصول الشرط هو اللزوم
لا الانتقال ويمنع توقف ملك المشتري على تملك البايع بل ملكه موقوف على العقد المتاخر
عن ملك المشتري ولانه وارد في باقي الشروط كشرط العتق والبيع للغير مع صحته اجماعا وعلل
ايضا بعدم حصول القصد الى نقله عن البايع ويضعف بان الفرض حصوله وارادة شرائه
بعد ذلك لا ينافي حصول قصد النقل والا لم يصح اذا قصدا ذلك وان لم يشترطاه وقد صرحوا بصحته
وان باعه بجنس ثمنه بزيادة او نقيصة فيه روايتان اشبههما الجواز
مطلقا قوي والرواية المستدل بها على المنع قاصرة عن الدلالة لو سلم سندها فان حل
فمكنه منه وجب على البايع اخذه فان امتنع من اخذه ثم هلك من غير تفريط ولا تصرف
من المشتري كان من مال البايع على الاظهر هذا هو الاقوى لكن يشترط تعذر الوصول الى الحاكم
والا رفع امره اليه فان اخل به لم يبر من ضمانه قبل ويجوز للمشتري التصرف فيه بعد تعيينه
ويرجع الى ذمته ولو تجدد له نما فهو له ومقتضى ذلك انه لا يخرج عن ملكه وانما يكون تلفه
من البايع عقوبة له وفيه نظر ويجوز شراء المتاع حالا ومؤجلا بزيادة عن ثمنه

اذا كان المشترى عارفا بقيمته مقتضى الشرط انه لو لم يكن عارفا بقيمته لا يصح البيع وليس بجيد بل يجوز
شراؤه مطلقا وان ثبت له خيار الغبن ويمكن ان يريد بالجواز اللزوم مجازا ومع الجهل لا يلزم حيث
يثبت الغبن ولا بد من تقييد الصحة مع الزيادة بعدم استلزامه السفه بان يتعلق بالزيادة غرض
صحيح عند العقلاء اما لقلتها او لترتب غرض آخر بها بل الزيادة كالصبر عليه بدين حال ونحو ذلك
ويجوز بيعه بحبيلها بنقصان منها بابراء او صلح وهو المسمى بصلح الحطيطة ونحوها وبدون ذلك لا يلزم
الوفا واراد بيعه مرابحة فليذكر الاجل وكذا لو اراد بيعه تولية او مواضعة لان للاجل قسطا
من الثمن وانما خص المرابحة لانها مورد النص وللخلاف الاتى والمروى انه يكون للمشترى
من الثمن مثل ما كان للبايع روى هشام بن الحكم في الحسن عن الصادق عليه السلم وفي معناها
روايات اخر وعمل بها جماعة من الاصحاب والاقوى ما اختاره المص من تخييره من اخذه حالا
بالثمن لانه الذى وقع عليه العقد وبين الفسخ للتدليس والضابط الا يصار
على ما تتناوله اللفظ لغة او عرفا ينبغى ان يراد بالعرف ما يعم الخاص والعام ويمكن ان يدخل فيه
عرف الشرع فانه من افراد العرف الخاص فان لم يدخل فيه فلا بد من ادخاله ايضا للفظ يدل
عليه بل هو مقدم على العرف كما ان العرف مقدم على اللغة وان كان في العبارة موخرا وقد
حقق العلامة قطب الدين الرازي بان المراد تناول اللفظ بالدلالة المطابقة والتضمنية
لا الالتزامية فلا يدخل الحائط لو باع السقف وهو حسن فمن باع بستانا دخل الشجر
والابنية فيه لا اشكال في دخول الشجر فيه لانه داخل في مفهومه لغة وشرعا وكذا الارض
اما البنا فان كان حائطا دخل ايضا لما ذكر وان كان غيره ففي دخوله وجهان من انه من توابعه
واطلاق البستان عليه ظاهرا اذا قيل باع فلان بستانه وفيه بناء ومن عدم دخوله في مسماه لغة
ولهذا يسمى بستانا وان لم يكن فيه بناء بخلاف ما لو لم يكن فيه شجر فينتفي دلالة المطابقة والتضمن
واما انتفاء دلالة الالتزام فلعدم كونه لازما له بحيث يلزم من تصوره تصوره والاقوى
في ذلك الرجوع الى العرف فان عد جزءا منه او تابعا له دخل والا فلا ويختلف ذلك باختلاف
البقاع والزمان واوضاع البناء واعلم ان البستان اعم من الكرم في اللغة والعرف
العام فلو باعه الكرم بلفظ البستان دخل فيه الشجر والارض كما ذكر والبناء على التفصيل
والعريش الذى يوضع عليه القضبان ونحوها اذا كانت مثبتة دائما او اكثريا ولو كانت مما

ينقل

ينقل في اكثر الاحيان الى غيره رجع فيه الى العرف وكذا يدخل فيه الطريق والشرب والبناء
يرجع فيها الى العرف فان افاد دخولها في مسماه دخلت والا فلا ولو افاد دخول بعضها خاصة
اختص وكذا القول في باقي الاشجار النابتة معه ومع الشك في تناول العرف لها لا تدخل
ويدخل الابواب الى قوله والاوتاد المثبتة فيه والسلم المثبت في الابنية على حد والدرج الوجه
في دخول جميع هذه اقتضاء العرف وكونها من اجزاء الدار وتوابعها ومرافقها ولو كان في الدار حمام
معد لها بحوض ابزن دخل ايضا وفي حكمها الخوابي المثبتة في الارض والحيطان بحيث يصير من اجزائها
وتوابعها عرفا وقد قيل في كثير من ذلك بعدم الدخول ففي التذكرة نفى دخول السلالم المستمرة
والرفوف والاوتاد المثبتة لخروجها عن اسم الدار والاول اقوى لقضاء العرف به وفي اكثر كتبه نفى دخول
الخوابي مطلقا وهو متجه في المنقولة دون المثبتة او المدلول على دخولها بالعرف ولو كان السلم غير مثبت قطعا
وفي دخول المفاتيح تردد ودخولها اشبه وجه التردد من خروجها عن اسم الدار وكونها منقولة
فيكون كالآلات المنتفع بها فيها ومن انها من توابع الدار كالجزء من الاغلاق المحكوم بدخولها والاقوى
الدخول الا ان يشهد العرف بغيره كمفاتيح الاقفال ونحوها كما لا يدخل القفل نفسه ومثلها في الاشكال
الواح الدكاكين المجعولة ابوابا منقولة للارتفاق بسعة الباب والاقوى دخولها ايضا ولا يدخل
الرحا المنصوبة اى التي حجرها ثبت الاسفل وانما لم تدخل لانها لا تعد من الدار لغة ولا عرفا وانما اثبتت
لسهولة الارتفاق بها كيلا تتزعزع وتتحرك عند الاستعمال وللشيخ قول بدخول الرحا المثبتة
لصيرورتها من اجزاء الدار وتوابعها بالتثبيت والاعلى تابع للاسفل ولو كان في الدار نخل
او شجر لم يدخل في البيع فان قيل بحقوقها قيل يدخل ولا ارى هذا شيئا القول للشيخ رحمه الله
بل يفهم منه انها تدخل وان لم يقل بحقوقها والمنع متوجه الى الامرين معا والاقوى عدم الدخول
مطلقا الا مع دلالة اللفظ والقرائن عليه لقوله وما اشتملت عليه وما اغلق عليه بابها او
مساو منه على الشجر ايضا او من لا يصلح الا لها ونحو ذلك ولو كثر الشجر بحيث يطلق عليه
اسم البستان ونحوه فاولى بعدم الدخول مع الاطلاق وان استثنى نخلة فله
الممر اليها والمخرج ومد جرايدها من الارض اذا استثنى شجرة من البستان ونحوه او
اشتراها من مالكها خاصة لم تدخل الارض في البيع لكن يستحق من منفعتها ما يتوقف عليه
الانتفاع بالشجرة وثمرتها من الدخول اليها وسقيها وحرثها وجمع ثمرتها ووضعه في المكان

معتاد له ويستحق ايضا مد جرايدها في الهوا وعروقها في الارض وليس لمالك الارض عطف شيء منها ولا قطعه ولا العمل في الارض بما يضر بالعروق ولا الانتفاع بما استحق من بقائها بالزرع ونحوه ان اضرتها ولو لم يضر ففي جوازه احتمال وجيه لانه مالك للارض وانما استحق مالك الشجرة ما يحتاج اليه بطريق الاستتباع لتوقف الانتفاع عليه للمالك فيقتصر فيه على موضع اليقين وكذا لا يجوز لمالك الشجرة الانتفاع بما يخرج عن متعلقاتها من الزرع تحتها والاقامة عندها زيادة على المعتاد في امثاله مع احتماله ايضا

ولو باع ارضا وفيها نخل وشجر فالحكم كذلك اي لا يدخل في بيع الارض مع الاطلاق كما لا يدخل في بيع الدار وان قال بحقوقها الا على قول الشيخ ولو قال بما دار عليه حايطها وما اشتملت عليه او ما اغلق عليه بابها ونحوه دخلت والظاهر انه لا يعتبر هنا كون الارض ذات حايط او باب بل هذه الالفاظ دالة على دخول ما اشتملت عليه بطريق الحقيقة ان كان لها ذلك والا فبطريق الكناية وقد ذكر ذلك جماعة من الاصحاب ولا باس به

ولو باع نخلا قد ابرت ثمرتها فهو للبايع التابير تشقيق طلع الاناث وذر طلع الذكور فيه ليجيء رطبها اجود مما لم تؤبر والعادة الاكتفاء بتابير البعض والباقي يتشقق من نفسه ويح الذكور اليه وقد لا يؤبر شيء ويتشقق الكل ويتابر بالرياح خصوصا اذا كانت الذكور في ناحية الصبا فهبت الصبا وقت التابير ومستند الحكم على النص عن النبي والائمة عليهم السلم واجماع المسلمين الا من شذ من العامه

ويجب على المشتري تبقيته نظرا الى العرف ظاهر العبارة ان النظر الى العرف دليل وجوب التبقية على المشتري وليس ببعيد فان الثمرة قبل اوانها لا قيمة لها في الاغلب خصوصا ثمرة النخل فالعادة تقتضي بقاه للبايع اذا باع الشجرة ويمكن ان يريد به وجوب تبقيته بما دل العرف عليه بحسب تلك الشجرة في ذلك المحل فما كانت عادته ان يؤخذ بسرا تبقي الى ان تتناهى حلاوته واكثر العبارات مجملة الا ان تفصيله باتي في عبارة المصنف عن قريب فهو تفصيل بعد الاجمال او تاسيس لمعنى آخر اذا اريد الاول

فلو باع النخل ولم يكن مؤبرا فهو للمشتري على ما افتى به الاصحاب استنادا في

القول

القول الى فتوى الاصحاب مقصور المستند لنقله عن افادة الحكم المذكور فانه انما دل على ان النخل المؤبر ثمرته للبايع لا على ان ما لا يؤبر ثمرته للمشتري الا من حيث المفهوم الضعيف والاصل يقتضي بقاء الملك لبايعه وعدم انتقاله للمشتري اذ العقد انما وقع على الاصول وهي مغايرة للثمرة والنص الوارد من طريق العامة قول النبي صلى الله عليه وآله من باع نخلا قد ابرت فثمرتها للبايع الا ان يشترط المبتاع ومن طريق الخاصة قول الصادق عليه السلم من باع نخلا قد لقح فالثمرة للبايع الا ان يشترط المبتاع قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بذلك وعنه عليه السلم قال قال امير المؤمنين عليه السلم من باع نخلا قد ابر فثمرته للذي باع الا ان يشترط المبتاع وهذه الاحاديث كما ترى انما تدل على ان الثمرة قبل التابير للمشتري من حيث المفهوم ودلالته ضعيفة ومن ثم اسنده المص الى فتوى الاصحاب لكن الاجماع يعضدها مع انه نقل عن ابن حمزة ان الاعتبار في حصول الثمرة وعدمه ببدو الصلاح وعدمه حتى باعها بعده فالثمرة للبايع وقبله للمشتري الا مع الشرط وكانهم لم يعتدوا بخلافه

ولو انتقل النخل بغير البيع فالثمرة للناقل الخ لا خلاف في ذلك عندنا ولان هذا الحكم وهو كون الثمرة بعد ظهورها للمشتري على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع النص وهو المبيع ونبه به على خلاف الشافعي حيث الحق بالبيع ما شابهه من عقود المعاوضات قياسا عليه

ولا يعتبر في محل النخل لما تقدم من ان الحكم معلق على التابير ولا يتحقق في الذكور لانه على ما عرفت ذر طلع النخل في كمام الانثى بعد شقه والعكس وان كان ممكنا الا ان الغالب خلافه والاطلاق محمول على الغالب بل منزل عليه فعلى هذا متى ظهرت الكمة الفحول فهي للبايع وان لم يتشقق

ولا في غير النخل فلو باع شجرا فالثمرة للبايع على كل حال الى قوله اذا كانت قد ظهرت هذا الشرط لكونها للبايع والمراد ان ثمرة غير النخل متى ظهرت اي وجدت عند العقد سواء كانت بارزة كالتين ام مستقرة في كمام كالجوز او في ورد كالتفاح قبل تناثر نوره فان جميع ذلك لا يدخل في بيع الاصل متى كانت الثمرة موجودة وكذا القول فيما يكون المقصود منه الورد اما الورق ولو كان وجوده على التعاقب فالموجود منه حال البيع للبايع والمتجدد للمشتري فمع الامتزاج يرجع الى الصلح اذا باع المؤبر وغيره كان المؤبر

للبايع والاخر للمشتري اطلاق الحكم يشمل ما لو كان المؤبر بعض البستان كشجرات معينه وغير
المؤبر الباقي وما لو كان التبعيض في الشجره الواحده بان تؤبر بعض النخله ويترك الباقي فيكون المؤبر فيهما
للبايع والاخر للمشتري عملا بظاهر النص فان تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية فيكون التابير هو العله
في كل شي وجد يترتب عليه حكم ويتخلف عن الباقي وبهذا الاطلاق افتى الشهيد رحمه الله في الدروس
وفرق في التذكره بين ما ابر بعض النخله وما ابر بعض النخلات فحكم في الاول بكون الجميع للبايع محتجا عليه
بانه يصدق عليه بانه قد باع نخلا قد ابر فيدخل تحت نص انه للبايع وبما في افتراقهما في الحكم
من الغبن وعدم الضبط وفي الثاني بتفريق الحكم كما ذكر هنا ويحتمل هنا ثالث وهو دخول الجميع
في البيع لصدق عدم التابير في المجموع الذي هو مورد النص والاول اقوى   تبقية الثمرة ويرجع
فيه الى العاده فما كان يخترف بسرا الاخترف اجتناء الثمرة ومنه سمي فصل الخريف لان
الثمر يخترف فيه وهذا الحكم مع اتفاق العادة واضح فلو اضطربت عمل بالاغلب ومع التساوي
يحتمل الحمل على الاقل اقتصارا فيما خالف الاصل عليه فان الاصل تسلط المشتري على ملكه ومنع غيره من
الانتفاع به والاكثر لثبوت اصل الحق فيستصحب الى ان يثبت المزيل ووجوب التعيين للاختلاف
المودي الى الجهاله فيبطل العقد بدونه   يجوز سقي الثمرة والاصول فان كان السقي يضر
احدهما رجحنا مصلحة المبتاع انما رجحت مصلحته لان البايع هو الذي ادخل الضرر على نفسه ببيع
الاصل وتسلط المشتري عليه واحتمل في الدروس تقديم البايع ووجهه ان حقه اسبق
وكان مقتضى الاستمرار كيف شاء فاذا باع الاصل وكان بقاء الثمرة مستثنى لم يخرج ما كان
له من الحق وذهب بعض الى جواز فسخ العقد بتمانع التشاح والاشهر الاول لكن يشكل فيما لو كان بعض
الاصول يحيط بقيمة الثمره وزياده فانه ح ينبغي تقديم مصلحته مع ضمانه لقيمة الثمره
جمعا بين الحقين   الاحجار المخلوقة في الارض والمعادن تدخل في بيع الارض لانها من اجزائها
وفيه تردد وجه التردد في الحجارة من كونها من اجزاء الارض لغة ومن عدم صدق اسمها عليها عرفا
وفي المعادن من كونها حجارة وخروجها عن حقيقة الارض وعدم دلالته باحدى الدلالات والاقوى
دخول الحجارة دون المعادن والفرق ان الحجارة من اجزاء الارض بخلاف المعادن لخروجها عن حقيقتها
وطبيعتها ثم ان كانت الحجارة مضرة بالزرع والغرس ولم يعلم بها المشتري تخير والا فلا ولو اشتملت على منفعة

زايدة على وضعها كما لو ظهرت مصنعا او معصرة للزيت او العنب ونحوهما فان علم بها البايع والا
تخير ايضا واحترز بالمخلوقة عن الموضوعة فيها والمدفونه فانها لا تدخل بل هي كالمتاع فيها يجب على البايع
نقلها منه قبل التسليم وتسويه الحفر ان كانت ثم ان علم المشتري بها فلا خيار له والا فان استلزم
التفريغ فوات شي من المنافع معتد به تخير ولا يجب على المشتري قبول تملكها لو بذلت له بل على المالك
المبادرة الى النقل ولا اجره للمشتري عن زمانه   اطلاق العقد يقتضي تسليم المبيع والثمن
احترز بالاطلاق عما لو شرط تاجيل احدهما او تسليمه قبل الاخر فانه ح مختص بوجوب التسليم
بالحال ومن شرط تقديمه اولا ولو شرط تاجيلهما او كانا عينين صح ايضا وكان خارجا من الاطلاق
ولو كانا في الذمه بطل لانه بيع الكالي بالكالي كما مر   تخير البايع اولا والاول اشبه القول
للشيخ محتجا بان الثمن تابع للمبيع وفيه منع لاستواء العقد في افادة الملك لكل منهما فيجبرهما
الحاكم معا مع امكانه كما يجبر الممتنع منهما من قبض ماله   والقبض هو التخلية سواء كان المبيع
مما لا ينقل او مما ينقل وقيل فيما ينقل القبض باليد او الكيل او الانتقال به في الحيوان والاول اشبه
اعلم ان القبض من المعاني المعتبرة شرعا المترتب عليها احكام فمن احكامها في البيع انتقال ضمان
المبيع الى المشتري بعده ان لم يكن له خيار وكونه على البايع قبله وجواز بيع ما اشتراه بعد
القبض مطلقا وتحريمه او كراهته قبله على بعض الوجوه وامتناع فسخ البايع بتاخير الثمن
كما مر ولم يرد له تعريف من قبل الشارع لجميع افراد المبيع نعم روى معويه بن وهب في الصحيح
قال سالت ابا عبد الله عليه السلم عن الرجل يبيع المبيع قبل ان يقبضه فقال ما لم يكن كيل او
وزن فلا تبعه حتى يكيله او تزنه الا ان توليه فجعل قبض المكيل والموزون كيله او وزنه
بالنسبة الى جواز بيعه وروى عقبه بن خالد عنه عليه السلم في رجل اشترى متاعا من
آخر واوجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه فسرق المتاع من مال من يكون قال من صاحب
المتاع حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فاذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن
لحقه حتى يرد ماله اليه فجعل عليه السلم النقل هو القبض بالنسبة الى نقل الضمان وهذان
الخبران حجة على من اكتفى بالتخلية مطلقا والثاني حجة على من اكتفى بها في نقل الضمان لا
في زوال التحريم او الكراهة قبل القبض كالشهيد في الدروس من حيث نفى عنه الباس فان

الخبر مصرح بانه لا يخرج من ضمان البايع حتى ينقل نعم يمكن رده نظرا الى سنده فيبقى الكلام في تسميتها
قبضا ولا جود الرجوع في معناه الى العرف في غير المنصوص وهو المكيل والموزون لان القاعدة رد مثل
ذلك اليه حيث لم يرد له تحديد شرعي والعرف يدل على ان القبض في غير المنقول يتحقق بالتخلية مع رفع
يد البايع عنه وعدم مانع للمشتري من قبضه واما في المنقول فلا يتحقق الا باستقلال يد المشتري
سواء نقله ام لا وكذا في طرف البايع بالنسبة الى الثمن وهذا مطرد في المكيل والموزون وغيرهما الا
انهما خرجا عنه بالنص الصحيح فيبقى الباقي وهذا هو الاقوى ويتبع ذلك تتمة مباحث
الاول المراد بالتخلية حيث تعتبر رفع المانع للمشتري من قبض المبيع ان كان والاذن له
فيه ولا يختص ذلك بلفظ بل كل ما دل عليه كاف فيه ولا يكتفى فيه باللفظ الصريح مع وجود
المانع منها الثاني لو كان المبيع بيد المشتري قبل الابتياع فان كان بغير اذن البايع فلا بد من
تجديد الاذن في تحققه بالنسبة الى رفع التحريم والكراهة واما بالنسبة الى نقل الضمان فيحتمل
قويا تحققه بدونه كما لو قبضه بعده بغير اذن البايع ويحتمل توقف الامرين على تجديده
لفساده لا ولا شرعا فلا يترتب عليه اثر ولو كان باذنه كالوديعة والعارية فلم يفتقر
الى تجديد اذن ولا تخلية الثالث ما يكتفى فيه بالتخلية ان كان عقارا يقتضيه
رفع يد البايع عنه مع تمكين المشتري كما مر ولا يشترط مع ذلك مضي زمان يمكن فيه وصول
المشتري اليه او وكيله لان ذلك لا مدخل له في القبض عرفا نعم لو كان بعيدا جدا بحيث يدل
العرف على عدم قبضه بالتخلية كما لو كان ببلاد اخرى اتجه اعتبار مضي الشرطين والحاصل
ان مرجع الامر الى العرف حيث لم يضبطه الشارع وان كان منقولا فعلى ما اخترناه من اشتراط
نقله او وضع اليد عليه الحكم واضح وعلى التكفيه بالتخلية يحتمل كونه كالعقار لما مر واعتبار
مضي زمان يتمكن من قبضه ونقله لامكان ذلك فيه بخلاف العقار الرابع لو كان
المبيع مشغولا بملك البايع فان كان مشغولا كالصندوق المشتمل على امتعة البايع واعتبرنا
نقله فنقله المشتري بالامتعة كفى في نقل الضمان مطلقا ويحتمل توقفه على اذن البايع في نقل
الامتعة وان كان عقارا كالدار ففي الاكتفاء بالتخلية قبل نقل المتاع وجهان اجودهما
ذلك وهو خيرة التذكرة الخامس لو كان مشتركا بين البايع وغيره فعلى ما اخترناه ان كان

منقولا

منقولا فلا بد من اذن الشريك في تحقق القبض لتوقفه على اثبات اليد والتصرف في حصة الشريك
وان كان غير منقول ففي توقفه عليه قولان اجودهما العدم لانه حقيقة يقتضيه ما هذا شانه
رفع يد المالك عنه وتخليته للمشتري منه ووجه هذا لا يقتضي التصرف في ملك الشريك ووجه
الاشتراط ان وضع اليد والتسلط على التصرف لا يمكن بدون التصرف في حصة الشريك وعلى
تقدير التوقف على اذنه بوجه فان اذن الشريك فيه والا نصب الحاكم من يقبضه اجمع بعضه
امانة وبعضه لاجل البيع واختار العلامة في المختلف الاكتفاء حينئذ بالتخلية
ولان المانع الشرعي من النقل كالمانع العقلي في العقار ذكر ذلك في باب الهبة والحكم واحد بل
فيها اقوى السادس لو كان المبيع في مكان لا يختص بالبايع كفى في المنقول نقله من حيز
الى حيز اخر وان كان في موضع يختص به فان نقله فيه من مكان الى آخر باذنه كفى وان كان
بغير اذنه كفى في نقل الضمان خاصة كما مر ولو اشترى المحل معه كفت التخلية في البقعة وفيه
وجهان اصحهما الافتقار الى النقل كما لو انفرد بالبيع ولو احضره البايع فقال له المشتري ضعه
ففعل تم القبض لان البايع حينئذ كالوكيل فيه وان لم يقل شيئا او قال لا اريده ففي وقوعه
بذلك وجهان وينبغي الاكتفاء به في نقل الضمان كما لو وضع المغصوب بين يدي المالك دون
غيره السابع لو كان المبيع مكيلا او موزونا فلا يخلو اما ان يكون قد كيل قبل البيع او وزن
او لا بان اخبر البايع المشتري بكيله او وزنه او باعه قدرا منه معينا من صبرة مشتملة عليه
فان كان الاخير فلا بد في تحقق قبضه من كيله او وزنه للنص المتقدم وان كان الاول
ففي الافتقار الى اعتباره ثانيا لاجل القبض او الاكتفاء بالاعتبار السابق وجهان من اطلاق
توقف الحكم على الكيل او الوزن وقد حصلا وقوله عليه السلام لا تبعه حتى تكيله او تزنه
لا يدل على ازيد من حصولهما الشامل لما كان قبل البيع ومن كون الظاهر ان ذلك لاجل القبض لا لاجل
صحة البيع فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد وبه صرح العلامة والشهيد جماعة
وهو الاقوى ويدل عليه قوله عليه السلام في الخبر السابق الا ان توليه فان الكيل السابق
شرط لصحة البيع او ما قام مقامه فلا بد منه في التولية وغيرها ومقتضى قوله عليه السلام
الا ان توليه انه معها لا يتوقف على كيل ووزن جديد فدل ذلك على انهما لاجل القبض لا لاجل صحة

البيع واما الثاني فان اكتفينا بالاعتبار الاول في الاول كفى الاخبار عنه واختبارهما في التذكرة وان لم يكتف بالسابق في الاول لم يكتف بالاخبار في الثاني بطريق اولى وقد روى محمد بن حمران قال قلت لابي عبد الله عليه السلام اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه فاخذناه بكيله فقال لا باس فقلت ايجوز ان ابيعه كما اشتريته بغير كيل قال لا اما انت فلا تبعه حتى تكيله انشاء من الحق في الدروس المعدود بالمكيل والموزون فاعتبر في قبضه عده بعد البيع ولم يكتف بعده السابق وفيه نظر لعدم النص وتحقق القبض فيه عرفا مع نقل المشتري له كغيره من المنقولات والحاقه بهما نظرا الى اشتراط اعتباره في صحة بيعه لا يوجب ذلك عندنا واكتفى فيه ايضا عن اعتبار الكيل والوزن والمعدود بنقله والخبر الصحيح حجة عليه وقريب منها مختار العلامة في المختلف فانه اكتفى فيها باحد امور ثلثة النقل والقبض باليد والاعتبار بالكيل او الوزن وفي النقل كما مر وفي القبض باليد ما دل عليه خبر عقبة بن خالد من اعتبار النقل وقال في الدروس ايضا الى ان التخلية كافية مطلقا في نقل الضمان لا في زوال التحريم او الكراهة عن البيع قبل القبض وخبر عقبة حجة عليه ان عدم والمحقق هنا ان الخبر الصحيح دل على النهي عن بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بهما لا على ان القبض لا يتحقق بدونهما وكون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافي ذلك لان الاعتبار بهما قبض وزيادة وحينئذ فلو قلنا بالاكتفاء في نقل الضمان فيهما بالنقل عملا بمقتضى العرف والخبر الاخر وسوف البيع بناء على الكيل او الوزن امكن ان لم يكن احداث قول وهذه المسئلة من المهمات ومما يعم بها البلوى في كثير من ابواب الفقه كالرهن والهبة والوصية وغيرها فلذلك حررنا بما عن موضوع التعليق ونحن لها مباحث اخرى مهمة

وكذا ان نقصت قيمته بحدث فيه كان للمشتري رده وفي الارش تردد موضوع التردد ما لو كان العيب من قبل الله تعالى ومنشأه من فقدنه على ملك المشتري لا من قبل احد ومن انه مضمون على البائع بجملته فضمان اجزائه اولى والاقوى ان له الارش ان لم يفسخ ولو كان العيب من اجنبي او من البائع تخير المشتري بين الرجوع على المتلف بالارش وبين فسخ العقد فان فسخ رجع البائع على الاجنبي بالارش اذا حصل للمبيع نماء كالنتاج او ثمرة النخل او اللقطة كان

ذلك المشتري

ذلك للمشتري لان التلف انما يبطل البيع من حينه فيكون النماء السابق وما في حكمه كلقطة العبد التي يمكن تملكها ولو بعد التعريف للمشتري ويكون هذا النماء في يد البائع امانة انتصارا فيما خالف الاصل وهو ضمان مال الغير مع عدم العدوان على ما دل عليه الدليل

اذا اختلط المبيع بغيره في يد البائع اختلاطا لا يتميز فان دفع الجميع الى المشتري جاز وان امتنع البائع قيل يفسخ البيع لتعذر التسليم وعندي ان للمشتري الخيار ما اختاره المص هو الاقوى لان التسليم ممكن كما في الجزء المشاع وثبوت الخيار بعيب الشركة ولا فرق بين ان يخلط بمثله واجود او دون باختيار البائع وبدون اختياره ويستثنى منه لو مزج بالاجود بدون اختياره ثبوت الخيار له ايضا لتضرره بذلك مع اختيار المشتري الشركة وحيث تفتقر القسمة الى مؤنة فهي على البائع لان هذا المبيع مضمون عليه والتخلص واجب عليه لوجوب تسليم المبيع الى المشتري بعينه ولا يسقط الخيار ببذل البائع له ما امتزج به لو باع جملة فتلف بعضها فان كان للتالف قسط من الثمن كان للمشتري فسخ العقد والرضا بحصته من الثمن وان لم يكن له قسط كان للمشتري الرد او اخذه بجملة الثمن ضابط الاول ما يمكن افراده بالبيع كاحد العبدين والقفيزين والثاني ما لا يمكن افراده به كيد العبد والفرق بينهما الموجب لاختلاف الحكم ان الاول يبقى مع فواته اصل المبيع بل بعضه وللارش جزء من الثمن والثمن موزع على اجزاء المبيع والثاني يبقى معه اصل المبيع والجزء التالف بمنزلة الوصف كيد العبد ونحوها من اعضائه التي فواتها لا يخل ببقاء العبد فاذا فات لم يكن له قسط من الثمن فلا ارش له لان الارش هو مقدار حصته من الثمن هذا وجه ما اختاره المص والاولى ثبوت الارش فيه كالاول لان القيمة تزيد بوجوده وتنقص بعدمه وفواته من اظهر العيوب ولان المبيع هو المجموع وقد فات بعضه فيتخير المشتري بين الرد لتبعيض الصفقة في الموضعين والارش وهذا كله اذا كان الفائت جزءا من المبيع اما لو كان وصفا محضا كما لو كان العبد كاتبا فنسي الكتابة قبل القبض فللمشتري خاصة الرد او الامساك بجميع الثمن لان الفائت ليس جزءا من البيع ومن ثم لو شرط كونه كاتبا فظهر بخلافه لم يستحق سوى الرد ... زرع قد احصد وجب ازالته المراد وجوب كل واحد من التسليم والتفريغ ولكن لا يتوقف

صحة التسليم عليه ولو سلمه مشغولا متسلمه حصل القبض عندنا ويجب التفريغ مع ذلك
واحترز بقوله قد احصد عما لو لم يكن قد بلغ ذلك فانه يجب الصبر عليه الى اوان حصاده ان اختار
البايع ابقاه ثم ان كان المشتري عالما بالحال والا تخير بين الفسخ والصبر ان احتاج الى مضي زمان
يفوت فيه شيء من النفع يعتد به ولو كان للزرع عروق الى قوله وجب على البايع ازالته
وتسوية الارض وكذا لو كان فيها حجر لا ريب في وجوب الاخراج والتفريغ لتوقف التسليم عليه
ثم ان استلزم نقصا في المبيع كان على البايع ارشه لانه اتلاف لبعض المبيع بحق وجب عليه ومع جهل
المشتري بالحال فله الفسخ ولو باع شيئا مغصوبا من يد البايع فان امكن استيذانه في الزمن
اليسير لم يكن للمشتري الفسخ والا كان له ذلك المراد باليسير هنا ما لا يشتمل على منفعة مقصودة
بحيث يستلزم فواتها نقصا معتبرا وفوات غرض مقصود عرفا على المشتري والكثير بخلافه و
على البايع مع الامكان مطلقا لان التسليم واجب عليه ولا يتم الا بها وشمل قوله والا كان
له ذلك ما لو تعذر استيذانه اصلا وما لو امكن ولكن بعد مضي زمان كثير فان المشتري
يتخير حينئذ بين الفسخ والرجوع الى الثمن وبين الرضا بالمبيع وارتقاب حصوله وله حينئذ
الانتفاع بما لا يتوقف على القبض كعتق العبد ونحوه ثم ان تلف بيد الغاصب فهو مما تلف
قبل قبضه فيبطل البيع وان رضي بالصبر مع احتمال كون الرضا به قبضا وكذا لو رضي بكونه
في يد البايع ولا يلزم البايع اجرة المدة على الاظهر انما لا يضمن الاجرة مع كون العين
مضمونة عليه لانها بمنزلة النماء وقد تقدم انه غير مضمون ووجه اللزوم ان ذلك
نقص دخل على المبيع قبل القبض فيكون من ضمان البايع ولان المنفعة كالنماء المتصل وقد
قيل انه مضمون كما لو ضمن في يد المشتري ثم هزل والاول اقوى وحينئذ فيختص ضمانها
بالغاصب اما لو منعه البايع عن التسليم ثم سلم بعد المدة كان له الاجرة
ينبغي تقييده بما اذا كان الحبس بغير حق فلو حبسه ليقبض الثمن او ليتقابضا معا ونحو ذلك
فلا اجرة عليه لان الشارع له فيه فلا يعقبه الضمان وحيث يكون الحبس سائغا فالنفقة
على المشتري لانه ملكه فان امتنع منها رفع البايع امره الى الحاكم فان تعذر انفق بنية الرجوع
ورجع عليه [illegible] ثم اراد بيعه كره ذلك
ان كان مما يكال او يوزن وقيل ان كان طعاما لم يجز والا ولا والاشبه انما كان اشبه لان

فيه جمعا بين الاخبار المختلفة التي دل بعضها على الجواز كرواية جميل وابي الحجاج الكرخي عن الصادق
عليه السلام وبعضها على المنع مطلقا كصحيحة الحلبي ومنصور بن حازم عنه عليه السلام وبعضها على
المنع الا تولية كصحيحة معوية بن وهب عنه عليه السلام بحمل النهي على الكراهة لئلا تسقط اخبار
الجواز وهذا الجمع انما يتم لو كانت الاخبار متكافئة في وجوب العمل بها لكن الامر هنا ليس كذلك لان اخبار
المنع صحيحة متظافرة وخبري التسويغ في طريق اولهما علي بن حديد وهو ضعيف والاخر مجهول
فالقول بالمنع اوضح وهو خيرة العلامة في التذكرة والارشاد والشيخ في المبسوط بل ادعى عليه
الاجماع وجماعة من الاصحاب نعم ينبغي الاخبار الدالة على النهي مطلقا مقيدة بغير التولية جمعا بينها
وبين ما قيد به مع صحة الجميع ثم على القول بالمنع مطلقا كما اختاره جماعة او على بعض الوجوه
وهو في غير التولية او ما الحق بها لو باع هل يقع باطلا او يأثم خاصة صرح ابن ابي عقيل بالاول
قال وما لبطلان وردت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وآله ويؤيده هنا ان النهي هنا راجع
الى نفس المبيع فيبطل كبيع المجهول ونحوه ويتعلق النهي فيه بمصلحة لا تتم الا بابطاله وبالثاني
قطع العلامة في المختلف فانه ولو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع ولم يذكر دليله وكانه
نظر الى ان النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد ويشكل بما مر واعلم ان اكثر الاصحاب جعلوا
موضع الخلاف هو الطعام واكثر الاخبار المانعة مصرحة به واطلق في صحيحة منصور بن حازم ومعوية بن
وهب النهي عن بيع المكيل والموزون الا تولية وبه صرح ابن ابي عقيل وهو الظاهر لعدم التنافي
بين المطلق والمقيد حتى يجمع بينهما بالحمل على المقيد كما في حمل ما اطلق فيه النهي على غير التولية لتحقق
المنافاة ثم على القول باختصاص النهي بالطعام فهل يعم كل ما اعد للاكل كما هو موضوعه لغة او يختص
بالحنطة او الشعير لانه معناه شرعا كما نبه عليه في موارد منها في حل طعام اهل الكتاب في الآية
الشريفة كل محتمل بالثاني صرح الفاضل فخر الدين في بعض فوائده ولعله اجود اقتصارا في
الحكم بما خالف الاصل على المتيقن وفي رواية تختص التحريم بمن يبيعه بربح اما التولية
فلا هي رواية علي بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلم سألته عن الرجل يشتري الطعام ايصلح
بيعه قبل ان يقبضه قال اذا ربح لم يصلح حتى يقبض وان كان تولية فلا باس
وهذه الرواية ذكرها في التهذيب بغير اسناد لكن في معناها اخبار كثيرة الا انها مصرحة
بالمنع مما عدا التولية وهذه جعل المنع فيها المرابحة وبينهما واسطة ولو ملك

ما يريد بيعه بغير بيع كالميراث والصداق للمرأة والخلع جاز وان لم يقبضه المنع على القول به
مشروط بامرين انتقاله بالبيع ونقله به فلو انتقل بغيره او نقله بغيره لم يحرم اما الاول فلا نعلم فيه
خلافا واما الثاني فهو المشهور عن الشيخ رحمه الله الحق بها الاجارة محتجا بانها ضرب من
البيوع وهو ممنوع وكذلك منع من الكتابة بناء على انها بيع العبد من نفسه وهو مع تسليمه لا
يستلزم المنع لان العبد ليس مما يكال او يوزن وغاية المنع عندنا ان يكون المبيع مقدرا
بهما وقد استثنى بعض المانعين من الميراث ما لو كان المبيع موروثا للموروث قبل قبضه له فانه
لا يجوز للوارث بيعه حينئذ وفيه نظر لان انتقاله للوارث بالارث واسطة بين البيعين
وكذا القول في الصداق واذا كان المصدق قد اشتراه ولم يقبضه ثم اصدقه وارادت المرأة ان تبيعه
قبل القبض ومثله عوض الخلع من جانب المرأة المشترى له قبل القبض اذا اراد الزوج بيعه والاستثناء
في الجميع غير واضح لثبوت الواسطة لو كان له على غيره طعام من سلم وعليه مثل ذلك فامر غريمه
ان يكتال لنفسه من الآخر فعلى ما قلناه يكره وعلى ما قالوه يحرم لانه قبضه عوضا عما له قبل ان
يقبضه منه قد عرفت ان المنع والكراهة مشروطة بشرطين انتقاله بالبيع ونقله به وما ذكره في
هذا الفرض وان كان بيعا حيث ان السلم فرد من افراده الا ان الواقع من المسلم اما حوالة لغيره
في القبض او وكالة له فيه وكلاهما ليس ببيع الا ان الشيخ ذكر هذا الحكم في المبسوط والخلاف وقطع بتحريمه
وتبعه عليه جماعة وظاهر المصنف وجماعة اختيار صحته بناء على القول به او كراهته على القول
الآخر وفيه نظر واضح والجواب بان الواقع حوالة وان الحوالة ملحقة بالبيع في حيز المنع واجاب
الشهيد في بعض تحقيقاته عن الاشكال بان مورد السلم لما كان ماهية كلية ثابتة في الذمة منطبقة
على افراد لا نهاية لها فاي فرد عينه المسلم اليه تشخص ذلك الفرد وانصب العقد عليه فكانه لما قال
للغريم اكتل من غريمي فلان قد جعل عقد السلم معه واردا على ما في ذمة غريمه المستلف منه ولما
يقبضه بعد ولا ريب انه مملوك له بالبيع واذا جعل مورد السلم الذي هو بيع يكون بيعا للطعام قبل
قبضه فيتحقق الشرطان ويلتحق بالباب قال وهذا من لطائف الفقه وهذا التحقيق غاية ما يقال
هنا في توجيه كلام الشيخ الا انه مع ذلك لا يخلو من نظر لان مورد السلم ونظائره من الحقوق الثابتة
في الذمة لما كان امرا كليا كان البيع المتحقق به هو الامر الكلي وما يتعين لذلك من الاعيان الشخصية
بالحوالة وغيرها ليس هو نفس المبيع وان كان الامر الكلي انما يتحقق في ضمن الافراد الخاصة فانها
ليست عينه ومن ثم لو ظهر المدفوع مستحقا او معيبا رجع الحق الى الذمة والمبيع المعين

ليس كذلك

ليس كذلك ونظير ذلك ما حققه الاصوليون من ان الامر الكلي ليس امرا بشيء من جزئياته الخاصة وان
كان لا يتحقق الا بها وحينئذ فانصباب العقد على ما قبض وكونه حينئذ بيعا غير واضح فالقول
بتحريم هذا القائل به في غيره غير متوجه نعم لا بأس بالكراهة خروجا من خلاف الشيخ والجماعة
وتحرزا مما هو مظنة التحريم وكذا لو دفع اليه مالا وقال اشتر به طعاما فان قال اقبضه لي ثم
اقبضه لنفسك صح الشراء دون القبض لانه لا يجوز ان يتولى طرفي القبض وفيه تردد منشأ
التردد من منع الشيخ تولي الواحد طرفي القبض محتجا عليه بانه لا يجوز ان يكون وكيلا لغيره في قبض حق
نفسه من نفسه وتبعه عليه ابن البراج ومن اصالة الجواز ولانه وكيله في الاقباض والقابض لاعتبار نفسه
والمقبوض منه كالاب ومثله يتولى طرفي العقد وهو الاقوى ولو قال اشتر لنفسك
لم يصح الشراء ولا يتعين له القبض لان مال الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه ما دام على ملك الغير
وهذا هو الفارق بين هذه والسابقة واستقرب في المختلف جواز ذلك وجعله قرضا
للطعام بجنس الدراهم او قرضا للدراهم فالاقوى ما هنا لعدم وجود ما يدل على مدعاه
نعم لو علم من الدافع ارادة احد الامرين او ما يؤدي الى ذلك صح وكذا لو علم منه ارادة معنى غيرهما
يصح كما لو كان المعتبر يكون الشراء له لكونه آيلا الى ذلك والقصد استيفاؤه بعد الشراء وقبضه له ونحو
ذلك اذا كان المالان قرضا او المحال به قرضا صح ذلك قطعا لانتفاء الشرط معا في الاول
والثاني في الثاني ولا وجه لتخصيص القرض بالمحال به بل متى كان احدهما قرضا صح لعين ما ذكر
اذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى نقصانه فان لم يحضر كيله ولا وزنه فالقول قوله وان
كان حضر فالقول قول البايع انما كان القول قول البايع في الثانية مع ان الاصل عدم وصول
حق المشتري اليه في الصورتين عملا بالظاهر من ان صاحب الحق اذا حضر استيفاء حقه يحتاط
لنفسه ويعتبر مقدار حقه فيكون هذا الظاهر مرجحا لقول البايع ومقويا لجانبه ومعارضا
للاصل فيقدم قوله بيمينه وهذه مما رجح فيها الظاهر على الاصل وهو قليل ويمكن توجيهه بوجه
لا يحصل به التعارض بان يقال انه عند قبضه للحق قبل دعواه الاختبار المؤدي الى النقصان
كان معترفا بوصول حقه اليه وقبضه له كملا فاذا ادعى بعد ذلك النقصان كان مدعيا
لما خالف الاصل اذ الاصل براءة ذمة البايع من حقه بعد قبضه ويخالف الظاهر ايضا

كما قلناه فيبقى الاصل والظاهر على خلاف دعواه فان قيل هذا يستلزم قبول قول البائع مطلقا
نظرا لما ذكرتم من التعليل قلنا اذا لم يحضر المشتري الاعتبار لا يكون معترفا بوصول حقه اليه لعدم اطلاعه
عليه حتى لو فرض حصول ما يقتضي الاعتراف يكون مبنيا على ظاهر الحال ومعتمدا على قواعد الذي يمكن
تطرق الخلل اليه كثيرا بخلاف ما لو حضر وايضا فان البناء على ظاهر الحال لا يقتضي الاقرار بوصول
حقه اليه بوجه حتى لو صرح بان الذي وصل الى سلطته على انه مجموع المبيع بناء على الظاهر وركونا
الى قول الغير لم يكن اقرارا صحيحا يمحو الفرق ولو انه مع فرض حضوره ادعى عدم قبض جميع حقه
محوا لها عن دعوى الغلط بل قوله ايضا لاصالة عدم قبض الجميع وما ذكر من الاصل الآخر والظاهر
منتف هنا اذ لا يلزم من حضور الاعتبار قبضه لجميع حقه وهو واضح وهذه من الحيل التي يترتب
عليها الحكم الشرعي فانه مبني على القواعد الظاهرة المنضبطة اذا اسلفه في طعام
بالعراق ثم طالبه بالمدينة لم يجب عليه دفعه ولو طالبه بقيمته قيل لم يجز لانه بيع
الطعام على من هو عليه قبل قبضه انما لم يكن عليه دفعه في غير بلده لان مال السلم يتعين عليه دفعه
في بلده عند الاطلاق وفي موضع التعيين ان فرض على ما يأتي من التفصيل وعلى كل حال فدفعه في غير بلد
التعيين دفعه فيه غير واجب سواء كانت قيمته في بلد المطالبة مخالفة لقيمته في بلده او مساوية
وهذا مما لا شبهة فيه انما الكلام فيما لو طالبه بقيمته في البلد التي يجب عليه دفعه فيها فان
البحث فيها حينئذ في موضعين احدهما ان يرضى المسلم اليه بدفعها وفي جوازه قولان
احدهما العدم نظرا الى ان القيمة عوض عن مال السلم قبل قبضه وبيعه له وهو غير جائز
لان المفروض كونه طعاما والثاني وهو الاقوى الجواز لمنع كون ذلك بيعا بل استيفاء للحق بغير
غير جنسه ومثل هذا لا يسمى بيعا فلا يحرم نعم ربما قيل بكراهته خروجا من خلاف الشيخ وتخلصا
من عرضة التحريم والثاني ان يطلب القيمة ولا يرضى المسلم اليه بدفعها فهل يجبر عليه بناء على الجواز
في الاول الاكثر على العدم لان الواجب في ذمته هو الطعام لا القيمة وما في ذمته لا يجب
دفعه في البلد المذكور فاولى ان لا يجب دفع ما لم يجر عليه المعاوضة ولم يقبضه عند المسلم
وذهب بعض الاصحاب ومنهم العلامة في التذكرة الى وجوب دفع القيمة محتجا بان الطعام
الذي يلزمه دفعه معدوم كما لو عدم الطعام في بلد يلزمه التسليم فيه وفيه منع ظاهر

اذا اسلم في طعام يلزمه دفعه حتى يسعل وعلل ايضا بان منع المالك من المطالبة يحق
حال وجعله متوقفا على الوصول الى بلد السلم ضرر ظاهر فانه ربما لم يكن له عزم العود الى
تلك البلد اصلا او ان الوصول اليه يحتاج الى اضعاف المسلم فيه من المؤن او ان
المسلم اليه قد لا يظفر به بعد ذلك فيفوت حقه بالكلية وما يقتضيه العقد من
ارتفاق المسلم اليه بالتسليم في البلد المعين قد يحمله المسلم اليه فلولا الانتقال
الى القيمة لضاع حقه اذ ليس له المطالبة بالعين فلولا تحقق له المطالبة بالقيمة
على الوجه الذي يندفع به ضرر المسلم لادى الى ضياع حقه راسا وانت خبير
بان هذه العلل لا توجب الانتقال الى القيمة متى طلبها المسلم بل مع خوف
ضياع حقه بدونه للعلم بانه يتخلف الضرر في موارد كثيرة غير ما ذكر كما
لو كان المسلم اليه مصاحبا له في الطريق الى البلد المعين للتسليم او وكل في تسليمه
فيه ونحو ذلك فان ذلك هو الذي اقتضاه الامر الشرعي فالتعليل ولا عنه مطلقا
غير جيد نعم لو فرض الضرر في بعض موارده كما لو علم بالقرائن ان المديون
لا يرجع الى تلك البلد ولم يوكل في الايفاء توكيلا يوجب الحق وان الحق
يفوت بالتاخير اتجه حينئذ رفع الامر الى الحاكم ليجبره على احد الامرين دفع العين
او القيمة في بلد التسليم او دفع العين فيها بوجه يمكن وربما قيل بجواز
المطالبة بالعين في بلد السلم ان كانت اكثر اما الاول فلان
المفروض كون الحق حالا والاستحقاق له ثابت وبغير بلد السلم ان كان
للارتفاق ومع تساوي القيمة في البلدين او نقصانها في بلد المطالبة
لا يزول الارتفاق بل يزيد في بعض صوره فلا يحتاج الى تاخيره واما الثاني
فلوجوب السلم لما ذكر مع تعذر المثل شرعا بسبب الزيادة وهذا القول
ليس بعيدا من الصواب الا ان فيه منع حصول الارتفاق فيما ذكر مطلقا
لجواز ان يكون المديون قادرا على غير الحق وبلد السلم عاجزا عنها في
الآخر وان كان انقص قيمة فيحصل الضرر بذلك عليه مع مخالفة ما شرط

لزم الاتفاق او دل عليه الاطلاق والمؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله فالقول بالمنع من المطالبة
عنا وثمة او جه وهو الاشهر ولو كان قرضا جاز اخذ العوض لا شبهة في جواز اخذ عوض
القرض اذا تراضيا عليه لانتفاء المانع منه وهو بيع الطعام المنتقل بالبيع قبل قبضه وانما الكلام
في وجوب دفع العوض في غير بلد القرض لان اطلاقه ينزل على قبضه في بلده فليس للمقرض المطالبة
به في غيره كما انه لو بذله المقرض لم يجب عليه قبضه ايضا لما في نقله الى ما عينه الشارع موضعا
للقبض من المؤنة واذا لم يجب عليه دفع عين الحق فكذا قيمته لعدم وقوع المعاوضة عليها
وقد تقدم تحرير المقام فيما سبق والحكم واحد واختار في المختلف وجوب دفع المثل وقت
المطالبة فان تعذر فالقيمة بسعر بلد القرض وفيهما معًا نظر فان كان عينا لم يجب دفع المثل
وجاز دفع القيمة بسعر العراق والاشبه جواز مطالبة الغاصب بالمثل حيث كان وبالقيمة
الحاضرة عند الاعواز القول الاول للشيخ وساوى بينه وبين القرض في الحكم وما اختاره
المص هو الاقوى لانه حق ثبت عليه بعد وانه يعم كل مكان وهو مؤاخذ باسوء الاحوال
ووجه وجوب القيمة عند الاعواز انه وقت الانتقال من المثل الى القيمة في المثلي واستقرب
في المختلف في القيمة قول الشيخ وهو قيمة بلد القرض لانه غصبه هناك فاذا تعذر المثل وجب
عليه قيمته فيه ونقل ما اختاره المص هنا عن والده ويشكل بما قلناه ويحتمل وجوب
اعلى القيم من حين الغصب الى حين الدفع ولو اشترى عينا بعين وقبض احدهما
ثم باع ما قبضه وتلفت العين الاخرى في يده بطل البيع الاول ولا سبيل الى
اعادة ما بيع ثانيا بل يلزم البايع قيمته لصاحبه انما لم ينفسخ البيع الثاني لان العين المبيعة
كانت ملكا خاصا للبايع وانما طرأ البطلان على العقد بعد انتقال العين فلا يؤثر فيما سبق
من التصرفات بل يلزم البايع الثاني دفع العين اذا كانت العين مثلية والقيمة ان كانت
قيمية كما لو تلفت العين وهل المعتبر قيمته يوم البيع او يوم تلف العين الاخرى يحتمل الاول لانه
وقت تعذر المثل والثاني لان القيمة حينئذ لم تكن لازمة للبايع وانما لزمت
بتلف العين الاخرى الموجب لبطلان البيع وهو الاجود ويستفاد من ذلك ان تلف
المبيع قبل قبضه انما يبطل العقد من حينه لا من اصله والا لاسترد العين وتظهر الفائدة

في ذلك

في ذلك وفي النماء فان كان فيه نقد غالب والا كان البيع باطلا اذا تعدد النقد في البلد كان
بمنزلة المشترك لا يحمل على احد معانيه الا بقرينة فان غلب احد النقود حمل عليه لان الاغلبية تكون
قرينة احد افراد المشترك وان تساوت ولم يعين بطل العقد لعدم المرجح واختلاف الغرض
ثم الغالب قد يكون الاطلاق بمعنى ان الاسم يغلب على احدها وان كان غيره اكثر استعمالا
كما يتفق ذلك في زماننا في بعض اسماء النقود فان اتفقت الغلبة فيهما فلا اشكال في الحمل عليه
وان اختلفت فان كان احدهما اغلب استعمالا والاخر اغلب ففي ترجيح احدهما او يكون بمنزلة
المتساوي نظرا الى ترجيح المتعارضين وان كان ترجيح اغلبية التعارف اوجه وكذا القول في المكيل
والموزون اذا اختلفا في قدر الثمن فالقول قول البايع مع يمينه ان كان المبيع باقيا وقول
المشتري مع يمينه ان كان تالفا هذا هو المشهور بين الاصحاب بل ادعى عليه الشيخ الاجماع
وبه رواية مرسلة عن الصادق عليه السلم في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري هو بكذا وكذا باقل مما
قال البايع قال القول قول البايع اذا كان الشيء قائما بعينه مع يمينه وهذه الرواية تدل بمنطوقها
على الاول وهو تقديم قول البايع مع قيام عين المبيع ويستفاد الثاني من مفهومها ولانه موافق
للاصل لانه لا قائل فيه بخلافه فرجع القول في الشق الاخر بما دلت عليه ومرسلة احمد بن ابي نصر
وقد استثناه بعض الاصحاب من المنع من المراسيل مع من استثنى وعلى تقدير عدمه فهو
لشهرته بين الاصحاب وعملهم بمضمونها واحتجوا له ايضا بان المشتري مع قيام السلعة يدعي
تملكها فاستحقاقها انتقالها اليه بما ادعاه من العوض والبايع ينكره فيقدم قوله لانه منكر واما مع تلفها
فلان للبايع يدعي زائدا في ذمة المشتري وهو ينكره فيكون القول قوله وفيه نظر لانهما على
انتقال العين الى المشتري وملكه لها وانما الخلاف بينهما فيما يستحق في ذمة المشتري فلا وجه
لتقديم قول البايع بل المشتري هو المنكر في الموضعين فالمعتبر حينئذ هو النص وفي المسئلة
اقوال اخر منها ان القول قول من هو بيده الا ان يحدث المشتري فيه حدثا فيكون القول
قوله مطلقا وهو خيرة ابن الجنيد ونفى عنه الباس في التذكرة ووجه الاول ان
من ليس في يده يدعي انتزاعه عما هو بيده من الثمن وذو اليد ينكرها فيكون القول قوله ترجيحا
لذي اليد فان الخارج هو المدعي واما حدث المشتري فهو دليل اليد وفيه ما مر وان القول

قول المشتري مع قيام السلعة او تلفها في يده او في يد البايع بعد الاقباض والثمن معين الاقل لانتفاء
الاكثر ولو كان جنسه مغايرا تحالفا وفسخ البيع اختاره في المختلف واحتج على الاول
بان المشتري منكر وعلى الثاني بان التحالف في عين الثمن وكل منهما ينكر ما يدعيه الاخر فيتحالفان
وهذا القول يرجع الى تقديم قول المشتري مطلقا حيث يكون الاختلاف في كمية الثمن ويساوي
ويغاير مع عدم تعيين الثمن خاصة وظاهر ان مدخليته ضعيفة ومنها انهما يتحالفان
مطلقا لان كلا منهما مدع ومنكر وذلك لان العقد الذي تضمن الاول ويشخص به ينكره البايع
والعقد الذي تضمن الثمن الاكثر ويشخص به ينكره المشتري فيكون هذا النزاع في قوة ادعا
كل منهما عقدا ينكره الآخر فيتحالفان ويبطل البيع فيه مع المغايرة الموجبة لما ذكر لاتفاقهما
على عقد واحد وعلى انتقال المبيع الى المشتري به وثبوت الثمن الاول في ذمته وانما اختلفا
في الزايد واحدهما يدعيه والآخر ينكره فلا وجه للتحالف وهذا القول احتمله العلامة
في كثير من كتبه وصححه ولده في الايضاح ونسبه في الدروس الى الندور مع انه اختاره في
قواعده ومنها ان القول قول المشتري مطلقا لاتفاقهما على البيع وانتقال المبيع الى
المشتري وانما الخلاف بينهما فيما يستحق في ذمته فيكون القول قوله في نفي الزايد مطلقا
لانه منكر وهذا القول لم يذكره احد من اصحابنا في كتب الخلاف وذكره العلامة في القواعد
احتمالا اعرض منها ما قد عرفت ويتفرع على المسألة امور الاول هذا البحث كله اذا وقع
النزاع بعد قبض المشتري او قبله مع بقاء عين المبيع اما لو وقع بعد تلفه في يد البايع فان العقد
ينفسخ ولا نظر للنزاع اثرا ان لم يكن البايع قد قبض الثمن ولو كان قبضه كان كالدين في ذمته
او الامانة عنده فيقدم قوله في قدره ومثله ما لو اختلف في قدر الثمن بعد قبض البايع له
والاقالة او الفسخ باحد وجوهه الثاني موضع الخلاف ايضا ما لو كان الثمن في الذمة
ليمكن جريان الاقوال ولو كان معينا كما لو قال البايع بعتك هذا العبد او الدينار فقال بل هذه الامة
او الدراهم فانه يتعين التحالف قطعا لان كلا منهما مدع ومنكر وهو ضابط التحالف وهذا
لا يطلق عليه اختلاف في القدر نعم قد يتفق مع التعيين الاختلاف في القدر كما لو قال بعتك
بهذين الدينارين او الثوبين مثلا فقال باحدهما معينا فان الحكم فيه كالذمة والاقوال جارية

فيه وبهذين

فيه وبهذين الامرين يظهر ان ما فصله العلامة في المختلف يرجع الى تقديم قول
المشتري مطلقا فيكون موافقا لما قواه في التذكرة الثالث على القول المشهور الفارق
بين قيام العين وتلفها لو كانت العين باقية لكنها قد انتقلت عن المشتري انتقالا لازما
كالبيع والعتق والوقف والهبة اللازمة فهل ينزل منزلة التلف ام لا قيل بالاول
لما تقدم من التعليل وقد عرفت ما فيه لمساواته للتلف في الخروج عن احد الانتفاع
ما بالنسبة الى المشتري فيكون تلفا حكميا ويشكل بمنع ذلك وكونه علة للحكم فان من الجائز
كون التلف الحقيقي علة لقبول قول المشتري في الاول نظرا الى امتناع الرجوع اليها في اعتبار
ما يدعيه وصيرورته منكرا بكل وجه مع ان الحكم انما تعلق في تقديم قول البايع على قيام
العين من غير اعتبار بالعلة وهو متحقق مع انتقالها عن ملكه باي وجه فرض ولو انتقلت
انتقالا غير لازم كالبيع في زمن الخيار للبايع والهبة قبل القبض او بعده حيث يجوز له الفسخ
ففي قيامه مقام التلف احتمالان واولى بالعدم الرابع لو تلف بعض المبيع دون خاصة
او انتقل عن ملكه ففي تنزيله منزلة تلف الجميع او انتفاء الجميع او اعطاء كل جزء حكمه احتمالات
وان الاول اوجه نظرا الى عدم صدق قيام عين المبيع الذي هو مناط تقديم قول البايع
كما صرح به في الخبر ولان هذا الحكم على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع اليقين وهو
قيام جميع العين ويبقى فيما عداه على الاصل من قبول قول المنكر وهو المشتري ولا يرد المعارضة
بان تقديم قوله مخصوص بتلف المبيع وهو غير متحقق لانا قد بينا ان هذا الحكم انما اخذ
من مفهوم الخبر لا من منطوقه والتحقيق انه اخص من المفهوم وموضع النزاع
داخل فيه فان ضابطه على ما اقتضاه المنطوق انه متى لم يكن عين الشيء باقية لا يكون
القول قول البايع وهو مفهوم الشرط المعتبر عند المحققين فيدخل فيه ما لو تلف البعض مضافا
الى ما حققناه ومن موافقته للاصل الخامس لو امتزج المبيع بغيره فان بقي
التميز فعينه باقية وان لم يتميز احتمل بقاؤه كذلك لانه موجود في نفسه وانما عرض له
عدم التميز عن غيره والمفهوم من قيام عينه وجوده خصوصا عند من جعل التلف
في مقابلته فانه ليس بتالف قطعا ويحتمل عدمه نظرا الى ثبوت الواسطة وعدم ظهور عينه

في الحس ومنع اراده الوجود من قيام العين وهذا كله مع مزجه بجنسه كالزيت يخلط بمثله
والنوع الواحد من الحنطه كالصفر المخلط بمثلها اما لو خلطه بغير جنسه بحيث صار حقيقه
اخرى كالزيت يعمل صابونا فانه حينئذ بمنزله التالف واما تغير اوصافه بزياده و نقصان
فلا يقدح في قيام عينه بوجه السادس حيث حكمنا بالتحالف اما مطلقا
او مع الاختلاف في عين الثمن حلف كل منهما يمينا واحدة على نفي ما يدعيه الاخر لا على
اثبات ما يدعيه ولا جامعه بين الامرين فاذا حلفا انفسخ العقد ورجع كل منهما الى عين ماله
ان كانت موجوده ومثلها او قيمتها ان كانت تالفة والبادي باليمين منهما من ادعي عليه
اولا على سبيل الاستحقاق فان حلف الاول ونكل الثاني عن اليمين فان قضينا بالنكول
ثبت ما يدعيه الحالف والا حلف يمينا ثانيه على اثبات ما يدعيه وانما لم يكتف باليمين
الجامعه مع تحقق فائدتها في مثل ذلك لان يمين الاثبات تعد النكول ولا يشرع عليه
السابع اذا وقع الفسخ مع التحالف فهل يبطل العقد من اصله ويبين ان البيع منزله
المعدوم ام من حين التحالف او الفسخ وجهان اختار اولهما العلامه في التذكرة
محتجا عليه بان اليمين اسقطت الدعوى من راس فكانه لم يبع كما لو ادعى على الغير بيع شيء
او شراه فانكر وحلف فان الدعوى يسقط ويكون الملك باقيا على حاله ولم يحكم بثبوت عقد
حتى يحكم بانفساخه ويشكل بانهما اتفقا على وقوع عقد ناقل للملك اما في الثمن الموصوف فظاهر
واما في المعين الذي اوجب التحالف لاختلافه فالبيع ايضا متفق على انتقاله من البايع
الى المشتري وانما الاختلاف في انتقال الثمن المعين ويمكن ان يوجه ذلك في هذا الثمن دون المثمن
في الموضعين واختار ثانيهما في القواعد وتبعه في الدروس والتحقيق ما اشرنا اليه
من ان البيع لا يبطل الا من حينه واما الثمن فيبنى على حكم الملك بالحلف كما مثل به في التذكرة
فالاطلاق في الموضعين غير جيد ويظهر فائدة القولين فيما لو وقع التحالف بعد انتقال العين من المشتري
بعقد لازم كالبيع وشبهه او خرج عن ملكه بعتق ونحوهما فعلى الاول يبطل العقود وغيرها
ويرجع العين الى البايع وبه قطع في التذكرة تفريعا على اصله وعلى الثاني يرجع الى القيمة
يوم الانتقال وبه قطع في القواعد تفريعا على اصله ولو تلف رجع بقيمته على القول الثامن
لو تلف البعض

لو تلف البعض واستقل عن ملك المشتري انتقالا لازما رجع البايع في الموجود قطعا وبقيمة التالف
وفي المنتقل الوجهان وهذا الخلاف ما تقدم في البحث الرابع والفرق هنا كان الحكم معلوم
بالنص على قيام العين وهو غير متحقق مع تلف البعض وهنا يرجع المتحالف الى ماله فما حدث منه الموجود
كيف كان وبقيمة الذاهب ولو امتزج صار شريكا بالنسبه ولو تعيب رجع بارش العيب ولو وجد
العين مستاجره او مرهونه انتظر انقضاء المده او الفك وفي تخيره بينه وبين القيمه معجله
وجه التاسع لو اختلفا في قيمة التالف فالذي يقتضيه اصول المذهب
قبول قول منكر الزائد مع يمينه كما في نظائره حتى الغصب وفيه قول اخر بتقديم
قول المالك وقد اضطرب العلامه هنا فحكم بالرجوع الى قيمة مثله موصوفا بصفات
وهو باصول العامه اليق نظرا الى ان الوصف يفيد اهل الخبره ظن القيمه فيكون
مناسبا لرفع النزاع العاشر الظاهر ان العقد يبطل بمجرد التحالف فان لم يفسخه
فاسخ وبه قطع في التذكرة محتجا بما اسلفناه عنه مع ان يمين كل منهما يسقط
دعوى الاخر فيكون الملك باقيا على حاله ويحكم بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه
وهذا على القول ببطلانه من اصله واما على القول ببطلانه من حينه فالظاهر
انه كذلك لانتفاء دعوى كل منهما بيمين صاحبه فيفسخ وكان امضاؤه على وفق
اليمين متعذرا وعلى ما واحدهما تحكم وهو ظاهر فتوى القواعد وحكى في التذكرة من
الشافعي للقائل بالتحالف وجهين انفساخه به او توقفه على الفسخ وبتوقف
في الدروس في الوجهين وعلى الثاني يفسخه المتعاقدان او احدهما او يرضى احدهما
بدعوى الاخر او يفسخه الحاكم اذا استمرا بوافقهما واستعفا من فسخه لئلا يطول النزاع
ثم ان توافقا على الفسخ او فسخه الحاكم انفسخ ظاهرا وباطنا وان احدهما فان
كان المحق فكذلك والا انفسخ ظاهرا اذا اختلفا في تاخير الثمن او تعجيله
او في قدر الاجل او اشتراط رهن او ضمين فالقول قول البايع مع يمينه لانه في هذه
المواضع كلها منكر وذلك لانهما اتفقا على صدور العقد وحصول الملك والثمن المعين
وانما اختلفا في قدر زايد والبايع ينكره فيقدم قوله في نفيه وربما قيل بالتحالف هنا

بناء على القول بالمسئلة السابقة لاشتراكهما في الوجه الذي اقتضاه وهو دعوى اسقاط العمل
بالمتفق عليه اذ ليس هنا متفق عليه لان احدهما يسند الملك الى سبب مخصوص والآخر
ينفيه ويسندها الى سبب آخر وفي الحقيقة الملك يقول احدهما عن الملك يقول الآخر فكل
منهما مدعي ومدعى عليه متخالفان وليس بواضح لان السبب الناقل للملك وهو العقد
لا نزاع بينهما فيه ولا تعدد وانما الخلاف فيما صاحبه من الامور المذكورة وهو امر خارج
عن السبب نعم هو مقيد بما يذكره منها فما ثبت منها كان قيدا له ولا يلزم من ذلك اختلافه
بتنازعهما مرجع الى وجود تلك القيود وعدمه فيقدم المنكر وهذا بعينه آت في المسئلة
السابقة   اختلفا في المبيع فقال البايع بعتك ثوبا فقال بل ثوبين فالقول
قول البايع ايضا   هذا النزاع نظير النزاع في قدر الثمن ووجه تقديم قول البايع
فيه من حيث انه منكر لبيع الزايد مع اتفاقهما على قدر مشترك وهو بيع الثوب الواحد
واحتمال التخالف آت هنا بوجه السابق وجوابه ولا يخفى ان ذلك كله حيث لا يكون
المتنازع معينا كهذا الثوب فيقول المشتري بل هذان لغير المذكور فانه حينئذ يتعين
القول بالتخالف ولو كان الاول احدهما فالقول قول البايع كالاول وحيث ذلك لا يكون
مستلزما للاختلاف في الثمن كبعتك ثوبا بالف فقال المشتري بل ثوبين بالفين فانه يقوى
التخالف ايضا اذ لا مشترك هنا يمكن الاخذ به   فلو قال بعتك هذا الثوب فقال
بل هذا فهنا دعويان متخالفان ويبطل دعواهما   الحكم هنا واضح بعد الاحاطة بما
سلف فاذا حلف البايع على نفي ما يدعيه المشتري بقي على ملكه فان كان الثوب المذكور
في يده والا انتزعه من يد المشتري واذا حلف المشتري على نفي ما يدعيه البايع وكان
الثوب في يده لم يكن للبايع مطالبته به لانه لا يدعيه وان كان في يد البايع لم يكن له التصرف
فيه لانه معترف انه للمشتري وله ثمنه في ذمته فان كان البايع قد قبض الثمن رده
على المشتري ويأخذ الثوب قصاصا وان لم يكن قبضه اخذ الثوب قصاصا ايضا
بذلك الثمن ولو زاد فهو مال لا يدعيه احد وكذا فصل في التذكرة وعلى ما تقدم من التفصيل
في الفسخ ظاهرا او باطنا على بعض الوجوه ينبغي ذلك واعلم ان ضابط التخالف المقطوع به

ادعا كل منهما

ادعاء كل منهما على صاحبه ما ينفيه الآخر بحيث لا يتفقان على امر كما هنا ومثله ما لو اختلفا
في الثمن المعين او فيهما معا ومثله ما لو ادعى احدهما البيع والآخر الصلح ولو اتفقا على امر واختلفا
في وصف زايد وقد يحيث كانت الدعوى من طرف واحد حلف المنكر ويتعدى ذلك الى غير البيع
من العقود اللازمة كالصلح والاجارة   ولو اختلف ورثة البايع وورثة المشتري كان القول
قول ورثة البايع في المبيع والمشتري في الثمن اي لو اختلفا في قدر الثمن او المثمن فالقول قول
ورثة البايع في قدر المبيع كما ان القول فيه قول مورثهم وقول ورثة المشتري في الثمن وان لم يقل
به في مورثهم لانهم منكرون واقتصارا فيما خالف الاصل على مورده وذهب جماعة من الاصحاب الى
ان حكمهم حكم المورث في جميع الاحكام وهو حسن ولو قلنا بالتخالف بين المورثين ثبت بين الورثة
قطعا ولو اختلف الورثة في عين المبيع او عين الثمن حيث يثبت التخالف فالحكم فيهم كذلك فاطلاق
المص تقديم قول ورثة البايع في المبيع وورثة المشتري في الثمن منزل على ما ذكرناه   لو قال
بعتك بعبد فقال بل بحر او قال فسخت قبل التفرق وانكر الآخر فالقول قول من يدعي صحة العقد مع
يمينه بقوله فالقول قول من يدعي الصحة علة الحكم وهو اصالة الصحة في العقود فان الظاهر
من العقود الجارية بين المسلمين الصحة فيكون قول مدعي الصحة موافقا للاصل وهذا انسب
في المسئلة الاولى واما الثانية فمدعي الفسخ لا ينكر صحة العقد بل يعترف به ويدعي
امرا آخر لكن لما كان الاصل عدم طرو المبطل الموجب لاستمرار الصحة اطلق عليه الصحة مجازا
واراد به بقاءها وربما استشكل الحكم في الاول مع التعيين كبعتك بهذا العبد فيقول بل بهذا الحر
فان منكر نقل العبد ان كان هو المشتري فهو ينفي ثبوت الثمن في ذمته وان كان هو البايع
فهو ينفي انتقال عبده عنه والاصل معهما في الموضعين ولانه يرجع الى انكار البيع فيقدم
قول منكره نعم لو لم يعينا في الصورتين توجه ما ذكره   وضابطه ما لم يكن مؤديا الى جهالة
المبيع او الثمن ولا مخالفا للكتاب والسنة   ضمير ضابطه يعود الى الشرط المدلول عليه
بالشروط تضمنا والمراد منه ما هو اخص من ذلك وهو الشرط السائغ وحسن في العبارة
لا يخلو من تكلف فان الشروط المعقود لها الباب اعم من الصحيحة والباطلة والضابط مخصص
بالصحيح والمراد ان ضابط ما يصح اشتراطه ما لم يكن مؤديا الى جهالة المبيع او الثمن وذلك كاشتراط

تاجيل احدهما مدة مجهولة فان للاجل قسطا من الثمن وهو مجهول فيجهل العوضان وقوله ولا يخالف للكتاب
والسنة كان مغنيا عن ذكر المودي الى جهالة العوضين لاستلزامه الضرر المنهي عنه في السنة المطهرة ومثال ما خالف
الكتاب والسنة مع ما ذكر اشتراط ان لا يبيعه او لا يعتقه او ان لا يطأ او ان لا يهب وضابطه ما ينافي
مقتضى العقد بل مقتضى عدم ترتب الاثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو هو يقتضيه
ويرتبه عليه كذا حققه جماعة ويشكل باشتراط عدم الانتفاع زمانا معينا فان مقتضى العقد التصرف
في كل وقت وباشتراط اسقاط خيار المجلس والحيوان وما شاكل ذلك مما اجمع على صحة اشتراطه وعبارة
المصنف لا تنافي ذلك لان كل ما صح اشتراطه فليس منافيا للكتاب والسنة ويجوز ان يشترط
ما هو سائغ داخل تحت قدرته كقصارة الثوب وخياطته اي يشرط ذلك على البائع فان اطلق والعقد يقتضيه
الا انه شرط سائغ مقدور غير مناف لمقتضى العقد فيدخل تحت عموم الامر بالوفا بالشرط ومثله ما لو شرط
البائع على المشتري قصارة ثوب معين او خياطته والمراد من شرط المذكور يحصل ملك المنفعة بنفسه
او بغيره ليصح الاطلاق لكونه مقدورا فلو شرط فعله بنفسه اعتبر في صحته علمه بان يكون
عالما بالصنعة قادرا عليها فان عين زمانا لا يمكن فيه تحصيل الشرط فهو باطل لانه غير مقدور
ولا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره كبيع الزرع على ان يجعله سنبلا الخ فان ذلك غير مقدور
عليه للبائع بل لله تعالى ولا فرق في البطلان بين ان يشرط عليه ان يجعله هو او الله تعالى لاشتراكهما
في عدم المقدورية وفي بعض حواشي الشهيد رحمه الله ان المراد به اشتراط ان يجعله الله تعالى سنبلا
لا اشتراط ان يجعله البائع سنبلا فان ذلك باطل ايضا الا انه غير مراد هنا لانهم انما تعرضوا لما يجوز
ان يتوهمه عاقل لا لما يمتنعه وهذا حسن اذا اراده وان اشترك الامران في البطلان ولا باس باشتراط
تبقيته لان ذلك مقدور له وهل يشترط تعيين المدة ام يحال على المتعارف من البلوغ لانه مضبوط عرفا
الظاهر الاكتفاء بالثاني واطلاقهم يدل عليه ويجوز ابتياع المملوك بشرط ان يعتقه الملاق
الحكم بالوشرط عتقه عن المشتري والمطلقة وشرطه عن البائع كفارة وتبرعا وبعوض والحكم في الاول
اجماعي واما في الثالث فقال في التذكرة انه يجوز ايضا عندنا لانه شرط لا ينافي الكتاب والسنة
وفي القواعد يجوز اشتراطه مطلقا وعن المشتري ومفهومه عدم الجواز عن البائع وبه قطع
في الدروس ويؤيده قوله صلى الله عليه وآله لا عتق الا في ملك والبائع ليس مالكا واما عتقه
عن الكفارة

عن الكفارة فان كانت عن المشتري وشرط البائع عتقه عنها صح وفائدة الشرط التخصيص لهذا
العبد بالاعتاق وان لم يشترط بني على ان العتق هل هو حق لله تعالى او للبايع او للعبد او للجميع فانه من حيث
ان فيه معنى القربة والعبادة يرجح الاول ومن حيث الاشتراط من البائع وتعلق غرضه به وان الشروط
من جملة العوضين يدل على الثاني ومن استلزام زوال الحجر عن العبد وتحريره يكون حقا له والتحقيق
انه لا منافاة بين هذه الحقوق فيجوز اجتماعها فيه ويتفرع على ذلك المطالبة بالعتق فمن كان الحق
له فله المطالبة به واما عتقه عن الكفارة فان قلنا الحق فيه لله لم يجز كالمنذور وان قلنا انه للبايع
فكذلك ان لم يسقط حقه وان اسقط جاز لسقوط وجوب العتق حينئذ وكذا ان قلنا انه للعبد
وعلى ما اخترناه لا يصح مطلقا وشرط العتق مستثنى من الشروط القابلة للاسقاط مستحقها واولى بالمنع
لو كانت على البائع او غيره واما عتقه تبرعا فلا شبهة في جوازه بشرط ان يكون بسبب مباح فلو نكل به فانعتق
لم يأت بالشرط ويكون بمنزلة التالف وظاهر الشرط يقتضي ايقاعه مباشرة اختيارا مجانا فلو شرط عليه
عوضا من خدمة وغيرها لم يأت به وحيث يفوت الشرط يتخير البائع بين فسخ البيع والامضاء كما في الشروط
لكن لو فسخ هنا رجع الى القيمة كالتالف ايضا لبناء العتق على التغليب مع احتمال افساده لوقوعه
على خلاف ما وجب ويحتمل ضعيفا سقوط الشرط هنا ونفوذ العتق وهل يشترط وقوعه عن
المشتري مباشرة ام يكفي وقوعه مطلقا وجهان ويظهر الفائدة فيما لو باعه بشرط العتق فعلى الاول
يحتمل بطلان البيع لان شرط العتق مستحق عليه فلا يجوز نقله الى غيره وصحته مع تخير البائع ثم ان
اعتق المشتري الثاني قبل فسخه نفذ وقدر كالتالف والا اخذه وعلى الثاني يصح كما لو اعتقه بوكيله
والذي يدل عليه الاطلاق والحكم في باقي الشروط انه لا يقتضي مباشرتها بنفسه الا مع التعيين وهذا
الشرط لا يزيد على غيره او يدبره فان شرط تدبيرا مطلقا او معينا تعين وان اطلق تخير بين
المطلق والمقيد فان اختار الثاني كتعليقه بوفاته في هذه السنة ولم يتفق الشرط وجب
عليه التدبير ثانيا لان الغرض ترتب العتق ولم يحصل مع احتمال العدم لقيامه بالشرط المطلق
وهل يجوز للمشتري الرجوع في هذا التدبير يحتمل نظرا الى اصله وعدمه التفاتا الى وجوب الوفا
بالشرط وعدم حصول غرض البائع والرجوع به ابطاله وهو مناف لصحة الشرط ولو اخل المشتري
بالتدبير تخير البائع بين فسخ البيع والامضاء فيرجع بالتفاوت كما سيأتي في شرط العتق

او مكاتبة سحر للمشتري مع الاطلاق من الكتابة المطلقة والمشروطة ومع التعيين تعين ما شرط
وكذا القول في الاجل والقدر ولو شاح المشتري والعبد فيه رجع الى القيمة السوقية ولا يجب على المشتري
النقصان عنها ولو طلبت الزيادة اجبر على القيمة ان امكن والا تخير البايع بين الفسخ والامضا وفي جوازه في المشروطة
عند عجزه وجهان نظرا الى الاصل والوفا بالشرط مع احتمال براءة المشتري من الشرط لوفائه به والفسخ طار سابقا
ولو شرط الاجارة او ان لا يعتقها او ان لا يطاها فسد صح البيع وبطل الشرط اى شرط
الاجارة على المشتري لو باع المبيع محرم على البايع فان هذا الشرط باطل للمنافاة لمقتضى العقد
وثبوت الملك وكذا القول في شرط البايع عدم عتق المشتري ووطيه وهل يبطل البيع ايضا ام يختص
البطلان بالشرط قولان اجودهما الاول لان التراضي انما وقع على المجموع من حيث هو مجموع فاذا بطل
بعضه وامتنع نفوذه شرعا انتفى متعلق التراضي فيكون اكلا للمال بتجارة لا عن تراض ووجه صحة
البيع ان التراضي قد تعلق بكليهما فاذا امتنع احدهما بقي الاخر وهو مذهب الشيخ والقولان آتيان في كل
بيع يتضمن شرطا فاسدا ومثله ما شابهه من العقود اللازمة ولو شرط في البيع ان يضمن انسان
بعض الثمن او كله صح البيع والشرط لان ذلك وان لم يقتضيه العقد لكنه شرط يعود على المتعاقدين
فيه مصلحة كالاجل فيصح اشتراطه للعموم ومثله اشتراط ضمين على البايع على بعض المبيع او كله او
لو كان سلما بل على غيره حاضرا مطلقا ويشترط تعيين الضامن بالمشاهدة او الوصف كرجل موسر ثقة
ونحو ذلك او غيره بنسبه فلو اطلق بطل على الاقوى ويحتمل الجواز ويحمل على ما دل عليه الوصف ومثله
ما لو شرط رهنا على احدهما ولو هلك المعين منهما او مات فان كان بعد الرهن او الضمان لم يؤثر
ولو كان قبله ثبت الفسخ لمن شرط له لفوات الشرط اذا شرط العتق في بيع المملوك فان
اعتقه فقد لزم البيع وان امتنع كان للبايع خيار الفسخ ظاهره ثبوت الخيار بمجرد امتناع
المشروط عليه وان قدر المشروط له على اجباره على الوفا وهو احد القولين في المسالة ووجهه
عدم اصالة وجوب الوفا وللمشروط له وسيلة الى التخلص بالفسخ وفائدة الشرط جعل البيع
اللازم عرضة للزوال عند فقد الشرط ولزومه عند الاتيان به والقول الاخر وجوب الوفا
بالشرط وعدم تسلط المشروط له الا مع تعذر تحصيله لعموم الامر بالوفا بالعقد والمؤمنون عند
شروطهم الا من عصى الله وهذا هو الاجود فعلى هذا لو امتنع من الوفا ولم يمكن اجباره رفع امره
الى الحاكم

لث
الى الحاكم ليجبره ان كان مذهبه ذلك فان تعذر فسخ ولشيخنا الشهيد في بعض تعليقاته تفصيل ثالث
وهو ان الشرط الواقع في العقد اللازم ان كان العقد كافيا في تحققه ولا يحتاج بعده الى صيغة فهو لازم
لا يجوز الاخلال به كشرط الوكالة في عقد الرهن ونحوه وان لم يكف في تحققه بل يحتاج الى امر آخر وراء ذكره
في العقد فليس بلازم بل يقلب العقد اللازم المشروط فيه جائزا كشرط رهن شيء على الثمن فانه لا يصير رهنا
بمجرد الشرط بل لو جعله رهنا لم يصح لعدم لزوم الثمن لذمة المشتري حينئذ الذي هو شرط صحة
الرهن بل لا بد له من صيغة اخرى بعد البيع وجعل السر فيه ان اشتراط ما العقد كاف في تحققه
كجزء من الايجاب والقبول فهو تابع لهما في اللزوم والجواز واشتراط ما سيوجد امر منفصل
عن العقد وقد علق عليه العقد والمعلق على الممكن ممكن وبذلك يندفع التعجب من اشتراط
الجائز في اللازم يجعل الجائز لازما واشتراط اللازم في الجائز يجعل اللازم جائزا وهذا التفصيل
حسن وهو اجود من القول بجوازه مطلقا لكن القول باللزوم مطلقا اجود لما اسلفناه واعلم
ان الخيار المذكور حيث يثبت فهل هو على الفور او التراخي وجهان تقدم مثلهما
واصالة عدم الفورية بعد ثبوت اصل الخيار مع موته فان اختار الفسخ رجع بجميع
القيمة ورد الثمن ان كان قبضه انما الكلام فيما لو اختار الامضا هل يرجع على المشتري
بما يقتضيه شرط العتق من القيمة فانه يقتضي نقصانا من الثمن ام يلزمه مع الاجازة ما
عينه من الثمن خاصة ذهب العلامة وجماعة الى الاول لاقتضا الشرط نقصانا ولم يحصل
ونظر الدروس الثاني محتجا بان الشروط لا يوزع عليها الثمن ورد بان الثمن لم يوزع
على الشرط بحيث يجعل بعضه مقابلا له وانما الشرط محسوب مع الثمن وقد حصل
باعتباره نقصان القيمة فطريق تداركه ما ذكر وطريق معرفة ما يقتضيه الشرط ان
يقوم العبد بدون الشرط ويقوم معه وينظر التفاوت بين القيمتين وينسب الى القيمة
التي هي مع شرط العتق ويؤخذ من المشتري مضافا الى الثمن بمقدار تلك النسبة من الثمن
فلو كانت قيمته بدون الشرط مائة ومعه ثمانين فالتفاوت بعشرين ونسبتها الى الثمانين
الربع فيؤخذ من المشتري مقدار ربع الثمن مضافا اليه وذلك هو الذي سامح به البايع
في مقابلة شرط العتق وان اختار الفسخ والرجوع بالقيمة ففي اعتبارها وقتها اوجه اجودها

يوم التلف لانه وقت الانتقال الى القيمة وثانيها وقت القبض لانه اول دخوله في ضمان
المشتري وثالثها اعلى القيم من حين القبض الى حين التلف لانه في جميع ذلك مضمون عليه
وقد ظهر من وجه الاول وجوب الاخير   وكذا لو قال بعتك كل قفيز بدرهم او بعتكها كل قفيز
بدرهم وجه البطلان في الاول واضح لعدم العلم بقدر المبيع مطلقا لان مرجع هذا العقد
الى تخيير المشتري في اخذ ما شاء منها بحيث يكون ضبط سعر ما ياخذه ان كل قفيز منه بدرهم
فان اخذ قفيزا لزمه درهم وان اخذ قفيزين لزمه درهمان وهكذا ولا فرق في البطلان
بهذا الوجه بين كون الصبرة معلومة ومجهولة واما الثاني فوجه بطلانه مع الجهالة بقدر
الصبرة انه لا يعلم قدر ما يشتمل عليه من المقادير المذكورة فيكون غررا حال البيع وان علم
بعد ذلك وللشيخ قول بجواز البيع حينئذ لان التقدير المذكور يزيل الضرر والمشهور
خلافه نعم لو باعه عددا معينا من المكيل كعشرة اقفزة منها مع علمهما باشتمالها عليه
صح ولا فرق حينئذ بين المعلومة المقدار والمجهولة ولو كانت معلومة القدر وباعها
كل قفيز بدرهم صح ايضا والحاصل ان المعلومة يصح بيعها جملة وجزء منها مشاعا ومعينا
وبيعها كل قفيز بكذا والمجهولة لا يصح بيع شيء مما ذكر سوى الجزء المعين الذي علم اشتمالها
عليه وان بيع كل قفيز من الصبرة بكذا باطل مطلقا   ويبيع ما يكفي فيه المشاهدة جائز
كان يقول بعتك هذه الارض او الساحة او جزء منها مشاعا نبه بالمثال على ان
الارض يكفي فيها المشاهدة وان لم تمسح وهو اشهر القولين واقربهما ومثلها الثوب ونظر من
الخلاف المنع فيهما ونقل بعض تلامذة المصنف الساجة بالجيم ولا يجوز بالحاء المهملة
ولو قال بعتكها كل ذراع بدرهم لم يصح الا مع العلم بذرعانها لما اكتفى في الارض بالمشاهدة امكن كونها
مجهولة الاذرع حالة البيع فاذا باعها كل ذراع بدرهم ولا يعلم قدر ذرعانها لم يصح من حيث الجهل بكمية
الثمن وان كانت هي معلومة على وجه يصح البيع وهذا هو الفارق بينها وبين الصبرة المعلومة
حيث صح بيع كل قفيز بدرهم لان معلوميتها انما يكون من جهة الكيل ويستلزم العلم بقدر الثمن
ولو اكتفينا بالمشاهدة فيها كما ذهب اليه ابن الجنيد اشترط في بيعها كل ذراع بدرهم معرفة ما يشتمل
عليه منه   لو قال بعتك عشرة اذرع منها وعين الموضع جاز ولو ابهمه لم يجز ويمكن ان يريد بتعيين

الموضع

الموضع تعيين المبدأ والمنتهى والجواز حينئذ موضع وفاق ويمكن ان يريد به تعيين هذا البيع سواء اضاف اليه
تعيين المنتهى ام لا لارتفاع الجهالة في الجملة بسبب التعيين المذكور وضبط الاذرع وفي صحته حينئذ خلاف
والاجود الصحة ومثله القول في الثوب وقد تقدم ويحتمل بعيدا الصحة بتساوي الارض او بعادرها والا
فالبطلان اجود   ولو باعه على انها جربان معينة فكانت اقل فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع واخذها
بحصتها من الثمن وقيل بل بكل الثمن والاول اشبه القول الاول مذهب الاكثر ووجهه ان المبيع
مقدر بقدر معين ولم يحصل ذلك القدر فيقسط الثمن عليه وعلى الفائت ان اختار المشتري
الامضاء وله الفسخ لفوات بعض المبيع وهو لا يقصر عن فوات وصف ويشكل التقسيط بان الفائت
لا يعلم قسطه من الثمن لان المبيع مختلف الاجزاء فلا يمكن قسمته على عدد الجربان ووجه
الثاني ان المبيع الذي تناولته الاشارة هو الارض المعينة لا غير فان رضي بها اخذها بما وقع عليه
عقدها من الثمن لان العقد وقع عليه وعلى الاول لو لم يعلم البائع بالنقصان هل يثبت له الخيار
ايضا يحتمله لانه لم يرض الا ببيعها بالثمن اجمع ولم يسلم له وعلى تقدير الثبوت هل يسقط ببذل
المشتري جميع الثمن يحتمله لحصول ما رضي به وبه قطع في المختلف وعدمه لثبوت الخيار
فلا يزول بذلك كالغابن لو بذل الغابن التفاوت وللشيخ قول ثالث بان البائع ان كان له ارض
تفي بالناقص   الارض المبيعة فعليه الاكمال منها والا اخذ المشتري بجميع الثمن او فسخ واسند
في ذلك الى رواية لا تنهض حجة في ذلك   ولو زادت كان الخيار للبائع بين الفسخ والاجازة
بالثمن ووجهه ان المبيع هو العين المشخصة موصوفة بكونها مقدرا مخصوصا بالثمن
المعين وفوات الوصف لا يخرج الجميع عن كونه مبيعا نعم يتخير البايع لفوات الوصف
ويحتمل كون الزيادة للبايع فيتخير المشتري بين الفسخ والرضا في الباقي بجميع الثمن واستقرب
في المختلف تخير البايع بين تسليم المبيع زايدا وبين تسليم القدر المشروط فان رضي بالجميع
فلا خيار للمشتري لانه زاده خيرا وان الثاني تخير المشتري بين الفسخ والاخذ بجميع الثمن
المسمى فان رضي بالاخذ فالبايع شريك له ثم احتمل حينئذ تخيره لتضرره بالشركة وعدمه
لانه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن فاذا وصل اليه الثمن في البعض كان اولى ولان الضرر حصل
بتغريره ويحتمل بطلان البيع من راس لان البايع لم يقصد بيع الزايد والمشتري لم يقصد شراء

البعض وهذه آتية في متساوي الاجزاء كالحنطة ولو نقص ما تساوى اجزاؤه ثبت
الخيار للمشتري بين الرد واخذه بحصته من الثمن وجه ذلك قد علم مما سبق في مختلف الاجزاء ويزيد
هنا ان التقسيط ممكن بسبب تساوي الاجزاء ويشكل بما مر ايضا من ان مجموع الثمن المقابل
لمجموع المثمن هو ذلك الموجود غاية ما في الباب انه لم يعلم النقصان واختار العلامة في القواعد
تساوي المسلمين في طرف الزيادة والنقصان في الحكم بتخيير البائع او المشتري بين الفسخ والامضا
بجميع الثمن وهو متجه ولو جمع بين شيئين مختلفين في عقد واحد كبيع وسلف واجارة
وبيع او نكاح واجارة صح ويقسط الثمن على قيمة المبيع واجرة المثل ومهر المثل لا خلاف عندنا
في صحة ذلك كله لان الجميع بمنزلة واحد والعوض فيه معلوم بالاضافة الى الجملة وهو كاف في
انتفاء الغرر والجهالة وان كان عوض كل منهما بخصوصه غير معلوم حال العقد وكون كل واحد
بخصوصه بيع في المعنى او بعضه اجارة او غيرها الموجب لعوض معلوم لا يقدح لان
لهذا العقد جهتين بحسب الصورة هو عقد واحد ويكفي العلم بالنسبة اليه ثم ان احتيج
الى التقسيط قسط على ما ذكر لان العوض المبذول في قيمة المتعدد انما بذل في مقابلة كل واحد
كما لو باع امتعة متعددة في عقد واحد بثمن واحد واعتبار ثمن المثل واجرته موضع وفاق
اما مهر المثل فربما استشكل بما سياتي ان شاء الله تعالى من ان المفوضة يرجع الى مهر السنة
لو زاد مهر المثل عنه وهنا لم يتعين لها مهر مقدر ابتداء اشبهت المفوضة ويحتمل كونها كذلك
ولاسيما لاطلاق مهر المثل والاصح اعتباره مطلقا لانها ليست مفوضة بل مسماه المهر غاية الامر عدم العلم
بقدر ما يخصه ابتداء وعلى تقدير التفويض في الرجوع الى مهر السنة على تقدير زيادة مهر
المثل في موضع المنع وكذا يجوز بيع السمن بظروفه ولو قال بعتك هذا السمن بظروفه كل رطل
بدرهم كان جايزا لابد في المسئلتين من معرفة وزن الظروف والمظروف جملة وانما يمتازان بان
يقسط الثمن عليهما في الاولى على ثمن مثلهما وفي الثانية عليهما باعتبار الوزن ويظهر الفائدة لو كان كل واحد
منهما لواحد او ظهر احدهما مستحقا واريد معرفة ما يخص كل واحد منهما فعلى الاول يقسط الثمن على ثمن
مثلهما بان يقال قيمة الظرف مثلا درهم وقيمة السمن تسعة فيخص الظرف عشر الثمن كائنا ما كان
وعلى الثاني يوزن الظرف منفردا وينسب الى الجملة ويوجد له من الثمن بتلك النسبة من اشترى

شيئا مطلقا

في احكام العيوب

شيئا مطلقا او بشرط الصحة اقتضى سلامة المبيع من العيوب اشتراط الصحة يفيد مجرد التاكيد
لان الاطلاق يقتضي السلامة لانها الاصل في الاعيان فاذا ظهر عيب تخير كما ياتي وربما قيل
ان فائدة اشتراط الصحة جواز الفسخ وان تصرف لو ظهر عيب فيفيد فائدة زائدة على الاطلاق كاشتراط
الحلول ويسقط الرد بالتبري من العيوب لا فرق في ذلك بين علم المشتري والبايع بالعيوب
وجهلهما والتفصيل وعدمه ولا بين الحيوان وغيره ولا بين العيوب الباطنة وغيرها عندنا ولا بين الموجودة حال العقد
والمتجددة التي يوجب ردا او ارشا ولا يقدح في الثاني كون البراءة مما يحدث بعد لان البراءة انما هي من الخيار
الثابت بسببها بمقتضى العقد وقبل القبض او في زمن خيار المشتري وفي البراءة السابقة المطلقة وجهان
من العموم ومن ان المفهوم التبري من الموجود حال العقد وبالعلم بالعيب قبل العقد او علم المشتري
به قبله فان قدومه عليه حينئذ رضا بالمعيب وباسقاطه بعد العقد اي اسقاط المشتري
خيار البيع ولا يختص بلفظ بل كلما دل عليه من الالفاظ كاف فيه وبه يسقط الرد والارش لانهما متعلق
الخيار ولازمه فاذا اسقط الملزوم تبعه اللازم ولو قيد الاسقاط باحدهما اختص به وكذا الارش
عطف على قوله ويسقط الرد الشامل للمواضع الثلثة والحكم في الاول مطلق اما الاخير فانما يسقطان
مع الاطلاق او التصريح بالتعميم اما لو خص احدهما اختص بالحكم كما قلناه ويسقط باحداثه
فيه حدثا كالعتق وقطع الثوب سواء كان قبل العلم بالعيب او بعده نبه بالمثلين على انه لا
فرق في الحدث بين الناقل عن الملك وغيره وقد تقدم تفصيله في باب الخيار ومنه ركوب الدابة
ولو في طريق الرد وحلبها ونقلها الى بلد المعيبة دون سقيها وعلفها ولو توقف ردها على ركوبها
لجماحها بحيث يعسر قودها وسوقها لم يقدح ركوبها ونبه بقوله سواء كان قبل العلم او بعده
على خلاف ابن حمزة حيث جعل التصرف بعد العلم مانعا من الارش كما يمنع من الرد وهو ضعيف
اذ لا دلالة للتصرف على اسقاطه والاصل يقتضي بقاءه نعم يدل على الالتزام بالعقد ويسقط الرد
وبحدوث عيب بعد القبض فانه مانع من الرد بالعيب السابق دون الارش
ولا فرق في العيب الحادث بين كونه من جهة المشتري وغير جهته ويستثنى منه ما لو كان المبيع
حيوانا وحدث فيه العيب في الثلثة من غير جهة المشتري فانه لا يمنع من الرد ولا الارش
لانه حينئذ مضمون على البايع والظاهر ان كل خيار مختص بالمشتري كذلك ويثبت الارش

في الصورتين وثبت ايضا في صورتين اخريين احدهما اذا اشترى من ينعتق عليه فانه ينعتق
بمجرد الملك ويتعين الارش لو ظهر معيبا وفي رده الى صورة التصرف تكلف والثانية ما تقدم من
اسقاطه الرد دون الارش وقد ينعكس الحكم في بعض الموارد فيثبت الرد دون الارش كما لو زادت قيمة
المعيب عن الصحيح او نقصت القيمة كما لو ظهر العبد خصيا فان المشتري يتخير بين الرد او الامساك
مجانا ولو حصل مانع من الرد لحدوث عيب او تصرف سقط الامران معا ويشكل حينئذ الصبر على العيب
والرد فانهما اضرار ويمكن ترجيح البقاء اعتبارا بالمالية وهي باقية وكما لو اشترى ربويا بجنسه
وظهر عيب من الجنس فله الرد دون الارش حذرا من الربا ومع التصرف يسقطان كما مر وعلى
الاشكال   ولو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع من الرد في رجوع المشتري حينئذ
بالارش رضا البائع مدعيا فيه الاجماع وهما ممنوعان وحمل على انه اراد به اجماع العامة وهو
حمل بعيد   واذا اراد بيع المعيب فالاولى اعلام المشتري بالعيب او التبري من العيوب مفصلة
الاصل في الاولى ان يكون على جهة الاستحباب وهو يتم في العيب الظاهر وهو الذي يمكن المشتري
ان يطلع عليه اما الخفي كشوب اللبن بالماء فالاقوى وجوب الاعلام به وقد يقدم بحرمه
ومقصود جعله التبري قسيما للاعلام انه لو تبرى من العيب الخفي مجملا او مفصلا سقط
وجوب الاعلام ايضا ويبرأ به وبه صرح في الدروس وان كان قد فعل محرما ويشكل
في مزج اللبن بالماء فان الماء ليس من جنس اللبن وقد باعه على انه لبن ينبغي بطلان البيع
المقصود غير معلوم القدر للمشتري ولو قيل بالصحة نظرا الى ان الجملة معلومة القدر كما لو باع
ماله ومال غيره ينبغي عدم سقوط الخيار   ولو اجمل جاز   المراد بالاجمال ذكرها مطلقة
او عامة كبرئت من عيبه او من جميع العيوب او من العيوب فانه يبرأ من كل عيب نظرا الى العموم
وخالف فيه بعض الاصحاب فحكم بانه لا يبرأ باجمال العيوب لانه بيع مجهول وهو ضعيف اذ لا جهل
مع المشاهدة واعتبار ما يجب اعتباره في صحة البيع والعيب الحاصل فيه غير مانع من صحة البيع
واذا ابتاع شيئين صفقة وعلم بعيب في احدهما لم يجز رد المعيب منفردا وله ردهما
واخذ الارش لما تضمن رد احدهما خاصة من ضرر تبعيض الصفقة على البائع فلا يندفع
الا بردهما معا ان لم يتصرف فيهما ولا في احدهما او باخذ ارش المعيب ومتى تصرف في احدهما وان

كان الصحيح

كان الصحيح سقط رد المعيب لانهما بمنزلة بيع واحد   وكذا لو اشترى شيئا كان لهما رده
او امساكه مع الارش وليس لاحدهما رد نصيبه دون صاحبه هذا هو المشهور من الاصحاب
ووجهه ما تقدم من التعيب بالتشقيص مع انه عقد واحد وذهب الشيخ وجماعة
الى جواز التفرق هنا للعموم ولجريانه مجرى عقدين بسبب تعدد المشتري فان التعدد
في البيع يتحقق بتعدد البائع وبتعدد المشتري وبتعدد العقد ولان التعيب جاء من قبله
حيث باع من اثنين وهذا انما يتم مع علمه بالتعدد ولو قيل بجواز التفرق مع علمه بالتعدد
دون جهله كان وجها واختاره العلامة في التحرير وان كان القول بالجواز مطلقا متوجها
ويتفرع على القول به انه يثبت للبائع الخيار في ابقاء تبعيض الصفقة مع جهله بالتعدد
ولا فرق على القولين بين تعدد العين واتحادها ولا بين ان يقتسما قبل التفرق وعدمه ولو كان
المعيب عينين لكل واحد من المشتريين واحدة معينة وعلم البائع بالحال وباعهما في عقد
واحد فجواز التفرق هنا اوضح وان امكن مجيء الخلاف فيه نظرا الى اتحاد العقد وهذا كله
اذا ظهر العيب في المبيع اما لو ظهر في الثمن فان كان فيه جميعه فلا اشكال في التخيير وان كان
في بعضه ففي جواز رده خاصة نظرا الى ما ادعي من ان العقد في قوة المتعدد بسبب تعدد المشتري
وجه وربما اختاره بعض الاصحاب ويضعف بان التعدد بالنسبة اليه غير واضح والفرق بين المبيع
والثمن ان المشتري الذي يرد انما يرد تمام حصته فيكون كانه رد تمام المبيع نظرا الى تعدده بالنسبة
اليه وهذا لا ياتي في الثمن لان البائع اذا رده انما يرده عليهما معا اذ الفرض كونه مشتركا بينهما فاذا رد المبيع
فقد رد على مستحقه بعض حقه وبقي البعض الاخر عنده وهو ممتنع نعم لو دفع كل من المشتريين
جزءا من الثمن او اشترى بالمجموع شيئا مشتركا فظهر باحدهما عيب وكان المعيب مساويا للحصة
صاحبه اتجه جواز رده خاصة لمالكه لتحقق التعدد واعلم ان هذا الحكم كله فيما لو تعدد
المشتري اما لو تعدد المستحق للمبيع مع اتحاد المشتري ابتداء كما لو تعدد وارث المشتري الواحد
فانه ليس لهم التفرق لاتحاد الصفقة والتعدد طارئ مع احتماله   واذا وطئ الامة
ثم علم بعيبها لم يكن له ردها الا ان كان حبلى جاز ردها ويرد معها نصف عشر قيمتها لمكان الوطي
فان كان العيب
ولا يرد مع الوطي بغير عيب الحمل تحرير هذه المسألة يتوقف على مقدمات الاولى ان تصرف

المشتري في المبيع المعيب يمنع من ردّه وان جاز له اخذ الارش الثانية ان الحمل في الامة
عيب سواء شرط خلوها من الحمل ام لا لان ولادتها تشتمل على الخطر وهو نقص محض ان قلنا ان الحمل لا
يدخل في بيع الامة كما هو المشهور والا كان نقصان من وجه وهو كاف في ثبوت الخيار ايضا الثالثة
ان الوطي تصرف بل هو اقوى من انواع التصرف فالاصل فيه ان يكون مانعا من الرد الرابعة ان
وطي المالك حال الوطي لا يستعقب عليه ضمان للبضع لانه تصرف في ماله وان فسخ في المبيع بعد ذلك
بوجه من الوجوه المجوزة له الخامسة ان المولى لو وطي امته جاز له بيعها مع عدم تيقن الحمل
ثم ان ظهر بها حمل منه تبين بطلان البيع لكونها ام ولد وهذه المقدمات كلها اجماعية السادسة
ان وطي امة الغير جهلا بتحريمه يوجب على الواطي عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصف العشر ان كانت
ثيبا للدلالة النصوص على هذا التقدير السابعة ان الفسخ بالعيب يبطل العقد من
حينه لا من اصله لتحقق الملك بالعقد وجواز الاستمرار عليه فلا معنى لرفع ما قد ثبت اذا
تقررت هذه المقدمات فنقول اذا اشترى امة وتصرف فيها ثم علم فيها بعيب سابق
لم يجز له ردها بل يتعين الارش لكن وردت النصوص باستثناء مسئلة وهي ما لو كان العيب
حبلا وكان التصرف بالوطي فانه حينئذ يردها ويرد معها نصف العشر لمكان الوطي وهذا
الحكم كما ترى مخالف لهذه المقدمات من حيث جواز الرد مع التصرف وفي وجوب شيء على المشتري
مع انه وطي امته وفي اطلاق وجوب نصف العشر مع ان ذلك عقر الثيب والمسئلة مفروضة فيما هو
اعم منها ولاجل هذه المخالفات انحى بعض الاصحاب الى حملها على كون الحمل من المولى البايع فانها تكون ام ولد
ويكون البيع باطلا والوطي في ملك الغير جهلا فيلزمه فيه العقر واطلاق نصف العشر على الاعم
من كون الحمل مستلزما للثيوبة فلو فرض على بعد كونها حاملا بكرا كان اللازم العشر وفي هذا الحمل دفع لهذه
الاشكالات الا انه مدافع لاطلاق النصوص بالحمل وبنصف العشر من غير تقييد بكونه من المولى وكونها
ثيبا وفيه ايضا انه لا وجه لتقييد التصرف بكونه بالوطي بل اللازم حينئذ الرد على كل حال لبطلان البيع
التصرف
وليس بعيدا حمل المطلق في النصوص الصحيحة وفتوى اكثر الاصحاب وكون المردود نصف العشر خاصة
اولى من استثناء هذا النوع من التصرف من بين سائر التصرفات وكون المنفعة مضمونة على المشتري اما
بناء على ان الفسخ يبطل العقد من اصله نظرا الى ان العيب يقتضي تزلزل العقد فمع اختيار الرد يكشف لنا عن عدم
الملك وان

الملك وان العقد موقوف على اختيار الرضا بالعيب وان ضمان المنفعة قد وجد في المصراة المردودة
على ما سياتي ويكفي في التخصيص بكون المردود نصف العشر موافقة للغالب الاكثر من كون الحامل
لا يكون بكرا وبالجملة فالعدول عن هذه النصوص الكثيرة مع عمل اكثر الاصحاب بها المناسبة للاصول غير
واضح وعلى هذا يكون الرد على وجه الجواز لا اللزوم ان لم يكن الحمل من المولى ويختص بالوطي وهل يلحق به مقدماته
من اللمس والقبلة والنظر بشهوة وجهان من الاولوية واستلزامه لها غالبا ومن الاقتصار فيما خالف الاصل
على مورد النص ويتوقف في الرد ويعرف له وجه وان كان وقوع تلك الاشياء على وجه الجمع بينها وبين الوطي
ولو اختص التصرف بها فالالحاق به من باب الموافقة اوجه وان كان استثناؤها منقطعا موجها
للازمه وهل يختص الحكم بالوطي المتعارف في القبل ام يعم الدبر وجهان اجودهما الالحاق لانه
وطي في الجملة يتناوله النص وهل الواجب معه العشر او نصفه وجهان ايضا من صدق وطي البكر
الموجب للعشر ومن ان الظاهر المتبادر للفهم تعليله بازالة البكارة وهو الفارق بينها وبين الثيب
والاجود الثاني عملا باطلاق الامر بالنصف في النص معلقا على الوطي مسا ولصورة النزاع
ولو كان العيب غير الحبل فلا رد مع الوطي اقتصارا على موضع اليقين كما انه لو تصرف بغيره فلا
رد وان كان العيب الحمل   والضابط ان كل ما كان في اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عيب
المراد باصل الخلقة الموجود في خلقة اكثر النوع الذي يعتبر فيه ذلك بالنظر الى الذات والصفات
ولا يعتبر مع ذلك كون الزائد والناقص موجبا لنقصان المالية لاطلاق النص والاتفاق
على ان الخصا عيب مع ايجابه زيادة المالية وكذا عدم الشعر على الركب وهو واقعة
ابن ابي ليلى مع محمد بن مسلم وزاد العلامة على الضابط قيد كونه موجبا للنقص مع موافقته
على ما ذكرناه مما لا وجه له فعدم القيد اجود   او عارضا كحمى يوم المعروف من حمى
يوم انها التي تاتي في يوم من الايام ويذهب فيه ثم لا تعود فلو عادت كل يوم فهي الغب
الى آخر الاسبوع وحينئذ فثبوت العيب بحمى اليوم يتحقق بان يشتريه فيجده
محموما او يحم قبل القبض فانه يجوز له الفسخ وان ذهب عنه الحمى في ذلك اليوم وليس
المراد بها ما ينوب يوما معينا من الاسبوع كما فسره بعضهم فان ذلك لا يسمى حمى يوم ولا
ما ياتي كل يوم كما مر   والتاسير في الاسنان والزجج في الحواجب في الصحاح تاسير

الاسنان تحريرها وتحديد اطرافها والزجج دقة الحاجبين وطول وزججت المرأة حاجبها دققته
وطولته واطلاق اشتراط ذلك يقتضي كونه خلقيا لا متكلفا نعم لو شرط ما يشمل التكلفي صح وثبت له
الخيار لو وجده على الخلاف   التصرية تدليس التصرية مصدر قولك صريت اذا جمعت من
الصري وهو الجمع تقول صرى الماء في الحوض ونحوه اي جمعه وصريت الشاة تصرية اذا لم تحلبها
اياما حتى يجتمع اللبن في ضرعها والشاة مصراة وتسمى المصراة محفلة ايضا من الحفل وهو الجمع ومنه
قيل للمجمع المحفل والمراد ان يربط اخلاف الشاة ونحوها ولا تحلب يوما او اكثر فيجتمع اللبن في ضرعها ويظن
الجاهل بحالها كثرة ما تحلبه كل يوم فيرغب في شرائها بزيادة والاصل في تحريمه مع الاجماع النص عن النبي
صلى الله عليه وآله وهو من طرق العامة وليس في اخبارنا تصريح به لكنه في الجملة موضع وفاق والتدليس
تفعيل من الدلس محركا وهو الظلمة كان المدلس لمخادعته اتى في الظلمة   ويرد معها مثل لبنها او قيمته مع التعذر
وقيل يرد ثلاثة امداد من طعام مع التعذر قيد في المردود بقسميه وهما المثل والقيمة اي يرد مثل
اللبن مع تعذره لانه مثلي فان تعذر فقيمته وقت الدفع ومكانه فانه وقت الانتقال الى القيمة في المثلي
والمراد باللبن الموجود حال البيع لانه جزء من المبيع فاذا فسخ البيع رده كما يرد المصراة اما المتجدد بعد العقد
ففي وجوب رده وجهان من اطلاق الرد في الاخبار ومن انه نماء المبيع الذي هو ملكه والعقد انما يفسخ من حينه
وهو الاقوى فعلى هذا لو امتزج الموجود حالته بالمتجدد صار شريكا ورجعا الى الصلح والمراد بتعذر اللبن
عدمه اصلا اما لو تعيب في ذاته او صفته بان عمله جبنا او مخيضا ونحو ذلك ففي الانتقال الى مثله او رده
مع الارش ان وجب نقصا وجهان اجودهما الثاني ولو عمل فيه عملا قبل العلم بالعيب صار شريكا بنسبته
والقول برد المثل او القيمة مع التعذر هو مقتضى ضمان الاموال حيث لا دليل على ما يخالفه والقول
برد ثلاثة امداد من طعام للشيخ استنادا الى رواية وله قول آخر برد صاع من تمر او صاع من بر
لان ذلك هو المنصوص عن النبي صلى الله عليه وآله في حكم المصراة الا انه ليس من طرقنا فالرجوع الى
الاصول المتفق عليها اولى   ويختبر بثلاثة ايام   مرادها اذا لم يعلم كونها مصراة وان
اختلفت الحلبات اتفاقا قريبا لا يخرج عن العادة بحسب حالها في نفسها ومكانها فليست
مصراة وان اختلفت الحلبات في الثلاثة فان كانت ما عدا الاولى اقل فهي مصراة وكذا لو كان بعضها
ناقصا والآخر زائدا عن الاولى او مساويا هذا كله اذا لم يثبت كونها مصراة بغير الاختبار
فلو ثبت

فلو ثبت باقرار البائع او البينة جاز الفسخ قبل الثلاثة لكن بشرط العيان فلو تساوت او زادت هبة
من الله تعالى فالاشهر زوال الخيار لزوال الموجب له مع احتمال بقائه ومثله ما لو لم يعلم بالعيب حتى
زال او لم تعلم الامة بالعتق حتى مات الزوج او طلق وحيث تثبت التصرية بالاختبار فالخيار
بعد الثلاثة بلا فصل على الفور وبالاقرار او البينة يمتد بامتداد الثلاثة بشرط عدم التصرف بغير الاختبار
وفي كلام الاصحاب في هذا المقام اختلاف كثير والمحصل ما ذكرناه   ويثبت التصرية في الشاة قطعا
وفي الناقة والبقرة على تردد   وجه التردد من عدم النص عندنا ظاهرا على هذا الحكم لكن الشاة محل وفاق
فيحتمل الحاق الناقة والبقرة بها لمساواتهما لها في العلة الموجبة للخيار وهي كون اللبن مقصودا مع التدليس
وادعى الشيخ الاجماع على الحاقهما بها فان ثبت فهو الحجة والا ففي الحاق اثبات الحكم المخالف للاصل بغير نص
ولا اجماع اشكال وطرد ابن الجنيد الحكم في سائر الحيوانات حتى الآدمي وفي بعض الاخبار من طرق العامة
ما يدل عليه وهو مناسب لمخالفة المدلس وفي الدروس انه ليس من ذلك ببعيد   ولو صرى امة
لم يثبت الخيار مع اطلاق العقد لعدم النص وكون التصرف مانعا منه نعم مع الشرط يثبت الخيار
ان لم يتصرف ولو بالحلب والا فالارش ويفهم من العبارة ثبوته وان تصرف به كما في المصراة
وكذا لو صرى البائع اتانا   هي بفتح الهمزة الحمارة ولا يقال اتانة والحكم فيها كالامة من حيث عدم
النص وكون زيادة اللبن غير مقصودة غالبا الا مع الشرط فيلزمه حكمه   ولو زالت
التصرية وصار ذلك عادة قبل انقضاء ثلاثة الايام سقط الخيار ولو زال بعد ذلك لم يسقط   هذا
متوجه اذا كان ثبوت التصرية بغير الاختبار اما به فقد تقدم انها لا تعلم الا بمضي الثلاثة واما زوال
التصرية بعد الثلاثة فيمكن فرضها بالاختبار ايضا بان ينقص اللبن ثم يزيد بعدها على الحد
الذي كان اولا فانه لا يسقط الخيار السابق لسبق استقراره وقد تقدم ان الخيار يكون
بعد الثلاثة بلا فصل على الفور فيجب ان يحمل بقاؤه في هذه الصورة على وجه لا ينافي
الفورية بان يصح الفسخ الفوري بعدها وان تحقق الزوال بعد ذلك بمعنى ان الزيادة المتجددة
لا تكون كاشفة عن بطلان الاختبار ولا مبطلة له ويمكن مصاحبته لزمانها في حاصل الفورية
والخيار   الثيوبة ليست عيبا   هكذا اطلق الاصحاب والاكثر منهم نظرا الى
ان اكثر الاماء يوجدن ثيبات فكانت الثيوبة بمنزلة الخلقة الاصلية وان كانت عارضة

ويشكل ذلك في الصغيرة التي ليست محل الوطي فان اصل الخلقة والغالب في مثلها البكارة
فينبغي ان يكون الثيوبة عيبا ونقل مثل ذلك في التذكرة عن بعض الشافعية ونفى عنه الباس
وهو كذلك بل يمكن القول بكونها عيبا مطلقا نظرا الى الاصل وهو ظاهر ابن البراج نعم لو اشترط
البكارة كان له الرد ان ثبت انها كانت ثيبا وان جهل ذلك لم يكن له الرد لان ذلك قد يذهب
بالخطوة لا ريب ان البكارة وصف مقصود للعقلاء يصح اشتراطه ويذهب بفواته التخيير بين الرد
والامساك لفوات الشرط ان ثبت انها كانت ثيبا حال البيع بالبينة او اقرار البائع او قرب زمان الاختبار
لزمان البيع بحيث لا يمكن تجدد الثيوبة فيه وهل يثبت له الارش مع اختيار الامساك الاقوى ذلك
لان فواته مما يوثر في نقصان القيمة تاثيرا بينا ويحتمل العدم لان الارش جزء من الثمن وهو لا يوزع
على الشروط وذهب بعض الاصحاب الى عدم التخيير لفوات البكارة مطلقا والمشهور الاول ولو انعكس
الفرض فان شرط الثيوبة فظهرت بكرا فالاقوى تخييره ايضا بين الرد والامساك لكن بغير ارش لجواز تعلق غرضه
بذلك لعجزه عن البكر ومثل لا رد هنا لزيادة قيمة البكر الاباق الحادث عند المشتري لا يرد به
العبد اما لو ابق عند البايع كان للمشتري رده ظاهر العبارة الاكتفاء في عيب الاباق بوقوعه مرة عند
البايع وبه صرح في التذكرة وشرط بعض الاصحاب اعتياده ذلك وهو اقوى واقل ما يتحقق بمرتين
ولا يشترط في جواز الرد به اباقه عند المشتري بل متى تحقق ذلك عند البايع جاز الرد ولو تجدد الاباق
عند المشتري في الثلثة من غير تصرف فهو كما لو وقع عند البايع اذا اشترى امة لا تحيض
في ستة اشهر ومثلها تحيض كان ذلك عيبا لانه لا يكون ذلك الا لعارض غير طبيعي الحكم بكون
ذلك عيبا مذهب الاكثر وهو موافق للاصل من كون ذلك وصفا مطلوبا يترتب عليه قبول الحمل وصحة
المزاج واستدلوا عليه بصحيحة داود بن فرقد عن الصادق عليه السلم قال سألت
ابا عبد الله عليه السلم عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة
اشهر وليس بها حمل قال ان كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهو عيب ترد به
وفي دلالته على اعتبار الستة اشهر نظر فانه عليه السلم انما علق الحكم على حيض مثلها
واراد به نفي الصغر والياس وان كان ذلك مستفادا من اثبات الادراك ونفي عن كونه
عن كبر فان من المعلوم ان مثلها تحيض في تلك المدة واقل منها والسؤال وقع عن تاخير الحيض ستة
اشهر

اشهر والجواب لم يتقيد به وحينئذ فلو قيل بثبوت الخيار مع تاخر حيضها عن عادة امثالها في تلك البلاد
كان حسنا ويظهر من ابن ادريس نفي الحكم راسا والحق خلافه من اشترى زيتا او بزرا فوجد فيه
ثفلا فان كان مما جرت العادة بمثله لم يكن له رد ولا ارش كذا لو كان كثيرا وعلم به البزر بفتح البا وكسرها
زيت الكتان واصله محذوف المضاف اي دهن البزر والثفل بالضم والثاقل ما استقر تحت
الشيء من كدره والحكم باستثناء ما جرت به العادة لا شبهة فيه لان مثل ذلك ليس عيبا لاقتضاء
طبيعة الدهن كون ذلك فيه غالبا وربما اشكل الحكم فيما لو كان كثيرا وعلم به باعتبار الجهل بقدر المقصود
بالذات الموجب للغرر والمشاهدة في مثل ذلك غير كافية وربما اندفع بمعرفة مقدار الجميع كافية كما في
معرفة مقدار السمن بظروفه جملة من دون العلم بالتفصيل تحمير الوجه ووصل الشعر وما شابهه
تدليس يثبت به الخيار دون الارش وقيل لا يثبت به خيار والاول اشبه القول بعدم الخيار في كل
ويشبهه للشيخ في الخلاف محتجا عليه بوجوب الوفاء بالعقد فيحتاج الخيار الى دليل ولم يثبت كون هذه
الاشياء عيوبا والاكثر على ثبوت الخيار بين ذلك لانه تدليس ولان الاغراض تختلف في ذلك فربما رغب المشتري
فيما شاهده اولا ولم يسلم له وهو الاجود نعم لو شرط احد هذه تظهر بالخلاف تخير بين الرد والامساك اجماعا
وكيف كان فلا ارش له لانه ليس عيبا اذا قال البائع بعتك بالبراءة وانكر المبتاع فالقول قوله مع
يمينه لاصالة عدم التبري ومثله ما لو ادعى عليه العلم وزاد في التذكرة دعواه عليه التقصير
في الرد وهو يتم في خيار الرؤية لا في خيار العيب اذا قال المشتري هذا العيب كان عند البائع
فلي رده وانكر البائع فالقول قوله مع يمينه اذا لم يكن للمشتري بينة ولا شاهد حال يشهد له او قول البائع
لاصالة عدم التقدم والمراد بشاهد الحال نحو زيادة الاصبع واندمال الجرح مع قصر زمان البيع
بحيث لا يحتمل تاخره عادة ونحو كونه طريا لم يندمل مع تطاول زمان البيع فلا يمين عليه ايضا وحيث يتوجه اليمين
على البائع يحلف على القطع بعدم العيب لا على عدم العلم ان كان اختبر المبيع قبل البيع واطلع على خفايا امره كما يشهد
بالقطع على الاعسار وبالعدالة وغيرهما مما يكتفى فيه بالاختبار الظاهر ولو لم يكن اختبره ففي جواز حلفه على القطع
عملا باصالة عدم التقدم فيحتاج المشتري الى اثباته يقوم المبيع صحيحا ومعيبا وينظر في نسبة
النقيصة ويوخذ من الثمن بنسبتها اشار بذلك الى كيفية معرفة قدر الارش حيث يثبت

وهو تارة يكون للمشتري بان يجده معيبا وتارة يكون للبايع بان يفسخ بخياره بعد تعيبه في يد المشتري
عيبا مضمونا   ويوخذ من الثمن بنسبتها ثم في الاول دون الثاني لان البايع لم ياخذ
من الثمن بل ياخذ تفاوت ما بين القيمتين وفي قوله وينظر في نسبة النقيصة وقوله نسبتها حذف
تقديره الى قيمته صحيحا والى قيمة الصحيح فان النسبة مضمنة الى القيمتين معا والمعتبر هو قيم الصحيح
وانما احتيج الى هذه النسبة لجواز اختلاف الثمن والقيمة فلو اخذ تفاوت ما بين القيمتين
لامكن اخذ الثمن والمثمن كما اذا كان الثمن خمسين وقوم المبيع صحيحا بمائة ومعيبا بخمسين
فعلى اعتبار النسبة يوخذ نصف الثمن وهو خمسة وعشرون ولو اخذ التفاوت كان مجموع
الثمن وما اطلقه المتقدمون من اخذ تفاوت ما بين المعيب والصحيح مبني على الغالب من بيع
الشيء بقيمته والامر الضابط ما ذكرناه من اعتبار النسبة والمعتبر في قيمته صحيحا حال العقد
لانه حين الانتقال الى ملك المشتري ووقت استحقاق الارش ويحتمل حين القبض لانه حين استقرار
الملك واستقلال الضمان اذ المبيع قبله معرض للانفساخ لو حصل التلف ويضعف بان ذلك لا
دخل له في اعتبار القيمة مع كون استحقاق الارش قبله وقوى الشيخ اعتبار اقل الامرين
من قيمته يوم العقد والقبض احترازا من الغلس وهو ضعيف   فان اختلف اهل الخبرة
في التقويم عمل على الاوسط المراد بالاوسط قيمة منتزعة من مجموع القيم نسبتها اليه كنسبة الواحد
الى عدد تلك القيم فمن القيمتين نصف مجموعهما ومن الثلاث ثلثه وهكذا وانما اعتبر ذلك لانتفاء
الترجيح لقيمة على اخرى ولانتفاء الوسط في نحو القيمتين والاربعة فلم يبق الا ان يراد بالوسط معنى
آخر وهو انتزاع قيمة من المجموع بحيث لا تكون القيمة المنتزعة اقرب الى واحدة منها وطريقه
ان يجمع القيم الصحيحة على حدة والمعيبة كذلك وتنسب احديهما الى الاخرى وياخذ
بتلك النسبة ولا فرق في ذلك بين اختلاف المقومين في القيمة الصحيحة والمعيبة معا او في احديهما
ويتضح ذلك بتصوير الاولى   ان يختلف المقومون فيهما بان قال احدى البينتين
ان قيمته اثني عشر صحيحا وعشرة معيبا والاخرى ثمانية صحيحا وخمسة معيبا فالتفاوت بين
مجموع القيمتين ومجموع المعيبين الربع فيرجع بربع الثمن فلو كان الثمن اثني عشر
فالارش ثلثه ويحتمل ان ينسب معيب كل قيمة الى صحيحها ويجمع قدر النسبة ويوخذ من المجتمع

بنسبته القيم ففي المثال تفاوت ما بين الصحيحة والمعيبة على قول الاولى السدس وعلى قول الثانية ثلاثة
اثمان ومجموع ذلك من الاثني عشر ستة ونصف يوخذ نصفها ثلاثة وربع ولو كانت البينات ثلثا فقالت
احديها كالاولى والثانية قيمتها عشرة صحيحا وثمانية معيبا والثالثة ثمانية صحيحا وستة معيبا فالقيم الصحيحة
ثلثون والمعيبة اربعة وعشرون والتفاوت بينهما ستة وهي خمس الصحيح فيرجع بخمس الثمن وعلى الاحتمال يجمع سدس
الثمن وخمسه وربعه ويوخذ ثلث المجموع وهو يزيد عن الاول في المثال بثلث خمس الثانية
ان تتفق البينات على القيمة الصحيحة ويختلف في المعيبة بان اتفقتا على ان قيمته اثنا عشر صحيحا ثم قالت
احديهما عشرة معيبا وقالت الاخرى ستة فطريقه اخذ التفاوت اما بتنصيف المعيبين ونسبة النصف
الى الصحيحة فينظر الثلث او بجمع القيمتين وتكرير الصحيحة مرتين ونسبة المجموع الى المجموع وعلى الاحتمال بنسبة
العشرة الى الاثني عشر واخذ السدس ثم الستة الى الاثني عشر واخذ النصف ويوخذ نصف المجمع وهو
الثلث وهنا يتحد الوجهان ولو كانت البينات ثلثا واتفق على الاثني عشر صحيحا وقالت الثالثة او قيمته
ثمانية معيبا كررت الصحيحة ثلثا وضمت الثمانية الى الاخريين او ضممت نسبة الثمانية الى الاثني عشر الى مجموع
النسبتين واخذت ثلث المجموع وهو الثلث على الوجهين ايضا وعلى هذا القياس الثالثة ان تتفق
البينات على المعيبة دون الصحيحة كان اتفقتا على ان قيمته ستة معيبا وقالت احدى البينتين قيمته ثمانية
صحيحا والاخرى عشرة فان شئت جمعت الصحيحتين ثمانية عشر والمعيبتين اثني عشر والتفاوت بينهما الثلث
وهو الارش وان شئت اخذت نصف الصحيحتين ونسبته الى المعيبة وهو الثلث ايضا وعلى الاحتمال
يجمع التفاوت وهو ربع وخمسان ويوخذ نصفه ويحصل الاختلاف بين الامرين ولو كانت البينات ثلثا
بان قالت ثالثة ان قيمته اثنا عشر صحيحا فان شئت جمعت الصحيحة ثلثين واخذت ثلثها وجعلته
القيمة الصحيحة ونسبته الى المعيبة واخذت من الثمن نسبة التفاوت وهو خمسان وان شئت ضاعفت
المعيبة ونسبتها الى الثلثين وعلى الاحتمال يجمع تفاوت ما بين الثمانية والستة وهو الربع وبينها وبين العشرة
وهو الخمسان وبينها وبين الاثني عشر وهو النصف وياخذ ثلث المجمع ويظهر بين الامرين تفاوت ايضا وبين على
هذا ما شئت   اذا علم بالعيب ولم يرده لم يبطل خياره ولو تطاول   هذا هو المعروف في المذهب لا يعلم فيه
خلافا فانه جعله في التذكرة اقرب وهو يشعر بخلاف لكن لا يعلم قائله وانما خالف فيه الشافعي فجعله
على الفور وهو محتمل ان لم يثبت الاجماع لقرب الدليل السابق في نظائره   سواء كان غريمه حاضرا

او غائبا نبّه بذلك على خلاف ابي حنيفة حيث شرط حضور الغريم في جواز الفسخ اذا احدث العيب بعد العقد وقبل القبض كان للمشتري رده وفي الارش تردد منشاه من ان ضمان الجملة يقتضي ضمان الاجزاء والاول ثابت في التلف قبل القبض فيكون الثاني كذلك ومن اصالة اللزوم وبراءة البائع خرج منه التلف في الثاني وهو خيرة الشيخ وابن ادريس والاول اصح وقد تقدم مثله ولو قبض بعضه ثم حدث في الباقي حدث كان الحكم كذلك فيما لم يقبض بمعنى انه لو تعيب تخير المشتري بين اخذ ارشه ورد الجميع وليس له الاقتصار على رد المعيب خاصة وان كان ظاهر العبارة قد يدل عليه وهذا هو اصح القولين وربما قيل بجواز الاقتصار على رد المعيب نظرا الى ان سبب الرد هو العيب الحادث في البعض وقد حدث حين كان ذلك البعض مضمونا وحده فيتعلق به جواز الرد دون المقبوض واستلزام تبعيض الصفقة برده وما يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار لا يمنع الرد في الثلثة المفهوم من قوله لا يمنع الرد وجعل الثلثة ظرفا له ان الرد بخيار الثلثة لا بهذا العيب الحادث ووجه عدم منعه من ذلك ظاهر لان الحادث في الثلثة من غير جهة المشتري مضمون على البائع كالسابق فلا يكون مؤثرا في رفع الخيار وهذا هو المنقول من مذهب المصنف في المسئلة ونقل عن شيخنا ابن نما ثبوت الخيار في المسئلة المفروضة بالعيب الحادث بناء على ما ذكره من التعليل فان العيب الحادث في الثلثة لما كان مضمونا على البائع كالسابق لزمه التخيير بين الرد واخذ ارشه ويظهر فائدة الخلاف في ثبوت الخيار بعد انقضاء الثلثة وعدمه فعلى الاول يرتفع دون الثاني ان لا يتعدد خيار العيب بالثلاثة وغايته حصول الخيار فيها بعلتين وهو غير قادح اذ ليست علل حقيقة حتى يمتنع اجتماعها وانما هي معرفات كما في خيار المجلس والحيوان والشرط والغبن والعيب فانه يمكن اجتماعها على عين واحدة ويظهر الفائدة فيما لو شرط اسقاط بعضها وقول ابن نما هنا اوجه روى ابو همام عن الرضا عليه السلم قال يرد المملوك من احداث السنة من الجنون والجذام والبرص وفي رواية علي بن اسباط احداث السنة الجنون والجذام والبرص والقرن يرد الى تمام السنة لم المراد ان هذه الامراض اذا حدثت ما بين البيع وتمام السنة يرد بها المملوك وان لم يكن الرد في السنة لا من خيار العيب لتنص على الفور والعبارة قد يدل على خلاف ذلك والمشهور ثبوت الحكم للاربعة ولكن يبقى في الجذام اشكال فانه يحب العتق على المالك قهرا كما سياتي وحينئذ فان كان حدوثه في السنة دليلا على تقدمه على البيع لاصل في تعليل الرد بهذه الاحداث ان وجودها في السنة دليل على حدوثها قبل البيع لانها تكمن في البدن سنة ثم تخرج فيكون عتقه على البائع فينكشف ظهوره عن بطلان البيع

فلا يتجه الخيار

فلا يتجه الخيار وان عمل على الظاهر كان حدوثه في ملك المشتري موجبا لعتقه قبل ان يختار الفسخ اذ ليس له اختيار حتى يتحققه ومتى تحققه حكم بعتقه شرعا قبل الفسخ فيشكل جوازه بعد العتق وقد يندفع نظره ويحل بان الحكم بعتقه بالجذام مشروط بظهوره بالفعل كما هو ظاهر النص ولا يكفي وجوده في نفس الامر فلا يعتق على البائع قبل بيعه لعدم ظهوره ولا بعده قبل الفسخ لعدم ملكه وعتقه على المشتري موقوف ايضا على ظهوره وهو متاخر عن سبب الخيار فيكون السابق مقدما فيتخير فان فسخ عتق على البائع بعده وان اختار الامضاء عتق على المشتري بعده فيبقى بامر ذلك فلو احدث ما يغير عينه او وصفه ثبت الارش الاجود ان مطلق التصرف مانع من الرد كغيرها من العيوب وان لم يوجب تغيرا

الفصل السادس في المرابحة

المرابحة مفاعلة من الربح وهي تقتضي فعلا من الجانبين ووجهه هنا ان العقد لما توقف على الرضا والصيغة من الجانبين كان كل منهما فاعلا للربح وان اختص بملك احدهما ومثله القول في المواضعة واعلم ان العقد باعتبار الاخبار براس المال وعدمه اربعة اقسام لانه اما ان يخبر به اولا والثاني في مسئلة المساومة وهي افضل اقسامه والاول اما ان يبيع معه براس المال او بزيادة عليه او نقصان عنه والاول التولية والثاني المرابحة والثالث المواضعة وقد يجتمع في عقد واحد الاقسام الاربعة بان يكون العين ملكا لاربعة اشترى احدهم ربعها بعشرين والاخر بخمسة عشر والثالث بعشرة والاخر بدون ذلك والرابع لم يبين الحال وباعوها بستين فان الثمن يقسط على اجزائها لا على ثمنها فالبيع بالنسبة الى الاول مواضعة والى الثاني تولية والى الثالث مرابحة والى الرابع مساومة ولا بد ان يكون راس ماله معلوما وقدر الربح معلوما اي معلوما للمتعاقدين معا حالة البيع ولا يكفي علم احدهما ولا تجدد علمهما بعد العقد وان اقتضاه الحساب المنضبط كما لو علما بالثمن وجعلا ربح كل عشرة درهما ولا يعلمان ما يحصل من المجموع حالة العقد ولا بد من ذكر الوصف والوزن هذا اذا تعددت النقود واختلف صرفها ووزنها بان كان صرف بعض الدنانير عشرة دراهم وبعضها اكثر وكذا الوزن اما لو اتحد النقد لم يفتقر الى احدهما ولو اشترى بثمن ورجع بارش عيبه اسقط قدر الارش واخبر بالباقي لان الارش جزء من الثمن فلا بد من بيانه وان كان قوله اشتريته بكذا وهو الثمن الاصلي حقا لطرو النقصان الذي هو بمنزلة الجزء ولو جنى عليه فاخذ ارش الجناية

لم يضعها من الثمن الفرق بين الجناية والعيب ان ارش العيب ثابت باصل العقد فكانه مستثنى
من الثمن بخلاف الجناية الطارية فانها جنى آخر كنتاج الدابه ولا يرد مثله في العيب الحادث
بعد العقد وقبل القبض او بعده في زمن الخيار لان ذلك كله مستحق باصل العقد ومقتضاه
فكان كالموجود حاله نعم لو نقص بالجنايه وجب عليه الاخبار بالنقص ويكره نسبة
الربح الى المال ولانه يصير بصورة الربا ولا يحرم للاصل حلا فا للشيخ في احد قوليه استنادا الى
روايه لا دلالة لها عليه مع امكان حملها على الكراهه ويكره قبل قبضه اذا كان مما يكال
او يوزن على الاظهر قد تقدم ان المنع اقوى ولو كان شرط في حال البيع ان يبيعه
لم يجز قد تقدم الكلام في ذلك وفي ملكه وانها كلها مدخوله وضمير لم يجز ينبغي عوده الى البيع
لتقع باطلا كما هو الواقع لا الى الشرط فان عدم جوازه قد لا يبطل العقد وانما يبطل لو كان الشرط ان
يبيعه بعد العقد بلا فصل فلو شرط بيعه بعد مدة او اقالته فيه بعدها صح وان كان
ذلك من قصدهما ولم يشترط لفظا كره اي لم يشرطه في نفس العقد فلا عبرة بشرطه قبله نعم
لو توهم لزوم ذلك او نسي ذكره فيه مع ذكره قبله اتجه الفساد كما لو شرط فيه مثل ان يخالف
القصد اللفظ يقتضي بطلان العقد لان العقود تتبع القصود فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ
للقصد اجيب بان القصد وان كان معتبرا في الصحة فلا يعتبر في البطلان لتوقف
البطلان على اللفظ والقصد وكذلك الصحة ولم يوجد في الفرض وفيه منع ظاهر فان اعتبارهما
معا في الصحة يقتضي كون تخلف احدهما كافيا في البطلان ويرشد اليه عبارة الساهي والغالط
والمكره وغيرها فان المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصة والا فاللفظ موجود والذي
ينبغي فهمه انه لا بد من قصدهما الى البيع المترتب عليه اثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه رده
وانما يكتفي قصدهما لرده بعد ذلك بطريق الاختيار نظرا الى وثوق البايع بالمشتري انه لا يمتنع من
رده اليه بعقد جديد بمحض اختياره ومروته اذا باع غلامه سلعة ثم اشتراها
منه بزياده جاز ان يخبر بالثمن الثاني الخ المراد بغلامه الحر لتصور صحة بيعه ومع ذلك يشكل
الجواز مع قصد زيادة الثمن بذلك لربح فيه من حيث انه تدليس وغرور منهي عنه واستقرب
الشهيد رحمه الله التحريم وهو حسن وقوله ولو شرطه لم يجز لانه خيانه يقتضي التحريم

مع عدم الشرط

مع عدم الشرط ايضا اذا كان قصدهما ذلك لتحقق الخيانه ومجرد عدم لزوم الاعاده على تقدير عدم شرطها لا يرفع
الخيانه مع اتفاقهما عليها بل ينبغي فرض التحريم في صورة عدم شرط الاعاده لان التحريم لا يتحقق الا مع صحة البيع
ليمكن فرض الزياده ومع شرط الاعاده يقع البيع باطلا كما سلف عن قريب فلا يتحقق الخيانه ولا التحريم ويمكن ان يقال
بالتحريم وان قلنا بفساد العقد نظرا الى قصد الغرور والسعي على تحصيل المحرم كما يقال في الربوا انه حرام ويفسد البيع وضابط
التحريم قصد الحيله بذلك على الزياده فلو اشتراه منه ابتداء من غير مواطاه جاز وحيث يتحقق النهي وباع فالاحسن
تخيير المشتري بين رده واخذه بالثمن كما سياتي ولا فرق في تحريم الحيله بين كون غريمه غلامه وولده واجنبي
لو باع مرابحه فبان راس ماله اقل كان المشتري بالخيار بين رده واخذه بالثمن وقيل ياخذه باسقاط الزياده
ما اختاره المصنف هو الاقوى لانه الثمن الذي وقع عليه العقد فلما ثبت غره وثبوت الكذب
في الاخبار ينجبر بثبوت الخيار والاقوى ان بقاه على ملك المشتري غير شرط في الخيار فله الفسخ مع تلفه او
خروجه عن ملكه مع رد مثله او قيمته لاصالة بقاء الخيار وعلى القول باسقاط الزياده يسقط
تلك النسخ مع تلفه او خروجه ربحها ايضا ولا خيار له لانه قد رضي بالاكثر فاولى ان يرضى بالاقل
ويحتمل ثبوت الخيار ايضا للغرور وكذبه وقد يكون له غرض بالشراء بذلك المبلغ لابرار قسم او انفاذ وصيه
ولو قال اشتريته باكثر لم يقبل منه ولو اقام بينه ولا يتوجه على المبتاع يمين الا ان يدعي عليه العلم
انما لم يقبل منه لان قوله الثاني مناف للاول فيلغي ولا تقبل بينته على ذلك لانه كذبها باقراره الاول ويشكل
بجواز الغلط والاستناد الى امر كاخبار الوكيل ثم يظهر خلافه فيتجه القبول ان اظهر لانكاره تاويلا محتملا
بمعنى سماع بينته عليه لو توجه اليمين عليه بمجرد الدعوى ويتوجه مقتضاها ولو ادعى على
المشتري العلم بكون الثمن زائدا توجهت عليه اليمين بنفسه سواء ادعى الغلط ام لا وهو مقتضى
اطلاق العباره وربما قيل بسماع دعواه مطلقا نظرا الى امكان الغلط ولا باس به لو غلط
البايع بعض الثمن جاز للمشتري ان يخبر بالاصل وقيل ان كان قبل لزوم العقد صحت الخ القايل
بذلك الشيخ رحمه الله نظرا الى الملك لما كان عنده لا يحصل الا بانقضاء الخيار واللاحق به قبله
بحكمه ويضعف اللزوم فان الثمن ما وقع عليه العقد ولا اثر لوقت انتقاله في ذلك
من اشترى امتعة لم يجز بيع بعضها مرابحة الى قوله الا ان يخبر بذلك المشهور مع الفصل ان
المبيع المقابل بالثمن هو المجموع لا الافراد وان تقوم بها وقسط الثمن عليها في بعض الموارد كما لو تلف

بعضها او ظهر مستحقا وهذا التعليل شامل للمتماثلة والمختلفة ورد بالسوية على ابن الجنيد وحيث
جوزه في المتماثلة كقفيزي حنطة وهو ضعيف ومقتضى الاستثناء انه لو اخبر بالحال جاز بيعه مرابحة
وليس كذلك ولعل المسامحة كونه حينئذ بصورة المرابحة فاستثناؤها مجازا وكذا لو اشترى
حاملا فولدت واراد بيعها منفردة عن الولد لان الثمن مع وجود الحمل حالة البيع يقابل المجموع وليس
للابعاض ثمن بخلاف ما لو تجدد الحمل فانه حينئذ يكون الثمن في مقابلة الام خاصة كالثمرة المتجددة
اذا قوم على الدلال متاعا ولم يواجبه البيع لم يجز للدلال بيعه مرابحة الا بعد الاخبار بالصورة
الكلام في هذا الاستثناء كما مر فان مفهومه جواز البيع مرابحة مع الاخبار وليس كذلك لعدم تحقق البيع
بالتقويم بل هو بصورة المرابحة ثم لا يجب على التاجر الوفاء بل الربح له وللدلال اجرة المثل سواء كان
التاجر دعاه او الدلال ابتداه انما كان له الاجرة في الموضعين لاستيفاء البيع منها مع كونه مامورا بعمل له اجرة
في العادة فاذا فات الشرط رجع الى اجرة المثل ونبه بالسوية بين الامرين على خلاف الشيخ رحمه الله حيث
فرق بينهما فحكم بكون الزائد للدلال ان كان التاجر ابتداه بذلك ولم يرد شيء فلا شيء له وان كان
الدلال ابتدا التاجر بذلك فالزيادة للتاجر ولا شيء للدلال استنادا الى اخبار صحيحة ويمكن تنزيلها
على كون الواقع من التاجر بتقدير ابتدائه جعالة فيلزم ما عينه ولم يقدح فيها الجهالة كما اعترضه
ابن ادريس لان الجهالة في مال الجعالة اذا لم يؤد الى النزاع غير قادحة كما سياتي ان شاء الله تعالى وصحيحة محمد بن
مسلم وزرارة يؤذنان به ومثله ما لو قال من رد عبدي فله ثيابه ولو لم يحصل زيادة فلا شيء له
كما لو لم يوجد على العبد ثياب واما اذا كان المبتدي هو الدلال فيحمل عدم وجوب شيء عليه على انه
لم يشترط شيئا والا فلو عقب كلام الدلال بلفظ يدل على الرضا بما عينه كان كما لو ابتداه كما لو قال من
عنده بد عبدك على ان لي نصفه او ثيابه ابتداء منه فقال مولى العبد نعم لك ذلك فانه يستحق ما عين له فعلى
هذا يتم كلام الشيخ والروايات من غير منافاة لكلام الاصحاب نعم يبقى فيه البحث عن كونها جعالة او عوض
الجعالة على هذا الوجه هل هو قادح ام لا ثم على تقدير قدحه يجب اجرة المثل في الموضعين
متقول ولتكن او بعتك او ما شاكله ان وقع بلفظ بعتك ونحوه من الالفاظ المعتبرة في مطلق البيع او كلمة
بذكر الثمن او بما قام علي ونحوه وان وقع بلفظ ولتك جعل مفعوله العقد واقتصر عليه ولو قال ولتك
السلعة اجزا فيحتمل الاجزاء واذا قال بعتك بمائة ووضيعة درهم من كل عشرة فالثمن تسعون

لان الوضع

لان الوضع من نفس العشرة يقتضي ذلك حملا لمن على الظاهر من التبعيض وذكر جماعة من الاصحاب احتمال كون الثمن احدا
وتسعين الا جزءا من احد عشر جزءا من درهم حملا لمن على ابتداء الغاية ويكون التقدير من كل عشرة تسلم لي ومثله ما لو قال
لكل عشرة دراهم لان الوضيعة للعشرة غير العشرة فهو بمنزلة ما لو قال من كل احد عشر وكذا لو قال مواضعة العشرة حملا
للاضافة على معنى من اي من كل عشرة ويحتمل كونها بمعنى اللام اي لكل عشرة فيكون الثمن احدا وتسعين الا جزءا من احد عشر
كما مر وربما قيل ببطلان العقد لتكافؤ الاحتمالين الموجب لجهالة الثمن وربما رجح الاول بان وضيعة العشرة
لا يكون الا من نفس العشرة دون ما عداها لان الموضوع من جنس الموضوع منه فيكون بمعنى من والثاني بان
المواضعة على احد المرابحة لا بد فيه من تقدير وكلا التقديرين محتمل والثاني يمنع الملازمة وقيام الاحتمال
ان لم يدل القرينة على احدهما هذا غاية ما قرروه في المسئلة وفيه بحث لان المراد من الجنس الذي يكون
الاضافة المعنوية فيه بمعنى من ان يكون المضاف جزئيا من جزئيات المضاف اليه بحيث الملاقة على المضاف
وعلى غيره ايضا والاضافة فيه كخاتم فضة وباب ساج لا اجزاء من كل حيث لا يصح الملاقة عليه كبعض
القوم ويد زيد فانك تريد بالقوم الكل والكل لا يطلق على بعضه وكذا القول في يد زيد والحاصل ان من التي
يتضمنها الاضافة هي التبيينية لا التبعيضية كما في خاتم فضة واربعة دراهم وشرط من التبيينية
ان يصح اطلاق المجرور بها على المبين كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وقد صرح
بهذا المحققون الشيخ الرضي وابن هشام وناهيك بهما وحينئذ فيبقى القول بحمل الاضافة
في المسئلة على معنى من راسا لان الموضوع المضاف بعض العشرة ولا يصح الاخبار عنه بعشرة فكونها بمعنى
اللام نعم يمكن مع ذلك كون الوضيعة من نفس العشرة كما يستفاد ذلك من اضافته الى الثمن وكذا نظائره
من المرابحة وغيرها واعلم ان التعبير بالوضيعة هنا اولى من المواضعة لانها مفاعلة لا مدخل في
الباب وانما الغرض وضع الدرهم من العشرة اولها والوضيعة يؤدي هذا المعنى بحمل الفعل على المفعول

الفصل السابع في الربا

الربا لغة الزيادة قال الله تعالى فلا يربوا عند الله وشرعا بيع احد المتماثلين المقدرين
بالكيل والوزن في عهد صاحب الشرع عليه السلام او في العادة بالآخر مع زيادة في احدهما حقيقة او حكما
او اقراض احدهما مع الزيادة وان لم يكونا مقدرين بهما اذا لم يكن باذل الزيادة حربيا ولم يكن المتعاقدان
والدا مع ولده ولا زوجا مع زوجته وعلى القول بثبوته في كل معاوضة يبدل البيع بالمعاوضة على احد
المتماثلين الخ وقد يعرف بانه زيادة احد العوضين المتماثلين نظرا الى مناسبة المنقول عنه وتحريمه ثابت بالنص

السلت بالضم الشعير او ضرب منه والحامض ق العَلَس محركة القُراد وضرب من البُر تكون حبتان في قشر وهو طعام صَنعاء والعدس والعلس ما يوكل ويشرب ق

والاجماع وهو من اعظم الكبائر الموبقات حتى ان الدرهم منه اعظم من سبعين زنية كلها بذات محرم رواه هشام بن سالم عن الصادق عليه السلم وهو يثبت في البيع ظاهر اختصاص الربا بالبيع وهو احد القولين في المسئلة الا ان المص رحمه الله قد صرح في باب الغصب بثبوته في كل معاوضة وهو ظاهر اختياره في الصلح ايضا وهو الاقوى عملاً باطلاق قوله تعالى وحرم الربوا الجنس وضابطه كل شيئين ساوتهما اللفظ خاصة المراد باللفظ الخاص ما يكون مفهومه نوعا بالاضافة الى ما تحته فالجنس في هذا الباب هو المعبر عنه في المنطق بالنوع واهل اللغة يسمونه جنسا ايضا ولا مشاحة في الاصطلاح والمراد بالشيئين اللذين تناولهما اللفظ افراد ذلك النوع كالصفر والحمر في الحنطة ويستثنى من ذلك الشعير فانه هنا من افراد الحنطة مع عدم تناول لفظها له وخروجها بالنص واما العلس والسلت على القول بانهما من افراد الحنطة والشعير فدخولهما فيهما ظاهر وان اختصا باسم آخر والا فمقتضى الاسم عدم الالحاق يجوز بيع المتجانسين وزنا بوزن نقدا هذا اذا كان اصلهما الوزن اما لو كان اصلهما الكيل ففي الاكتفاء بتساويهما وزنا خاصة نظر من كون الوزن استنبط حتى قيل انه اصل للكيل ومن ورود الشرع والعرف بالكيل فلا يعتبر بغيره وظاهر كلام المص اختيار الاول وهو متجه بل نقل بعضهم الاجماع على جواز بيع الحنطة والشعير وزنا مع الاجماع على كونهما مكيلين في عهده صلى الله عليه وآله ولا يجوز اسلاف احدهما في الآخر على الاظهر هذا هو المشهور لا نعلم فيه خلافا الا ما يظهر من الشيخ في الخلاف والمبسوط فانه يشعر بكراهة السلف ولا نعلم ماخذه وربما حمل على ارادة التحريم فانه بعض معاني المكروه وقد استعمله الشيخ في ذلك في غير موضع وفي المسئلة تردد والاظهر المنع الجواز اقوى للاخبار الصحيحة والقول بالمنع للشيخ رحمه الله في احد قوليه استنادا الى خبر ظاهر في الكراهة ونحن نقول بها والحنطة والشعير جنس واحد في الربوا على الاظهر لتناول اسم الطعام لهما نبه بقوله في الربوا على انهما في غيره كالزكوة جنسين اجماعا لاختلافهما مفهوما لغة وعرفا واما في الربوا فالاظهر انهما جنس واحد لصحيحة الحلبي وابي بصير وهشام بن سالم وعبد الرحمن بن ابي عبد الله عن الصادق عليه السلم بل ادعى الشيخ في الخلاف عليه الاجماع وهي الحجة على من خالف نظرا الى اختلافهما صورة وشكلا ولونا وطعما وادراكا وحسا واسما فان ذلك كله غير مسموع في مقابلة النصوص الصحيحة وفي احتجاج المص رحمه الله بتناول اسم الطعام عليهما على الاتحاد نظر فانه لا يلزم منه اتحادهما مع تحقق الاختلاف المذكور وانما الموجب للاتحاد النص والاجماع وكلما يعمل من جنس يحرم التفاضل فيه كالحنطة بدقيقها والشعير بسويقه الخ فلا يجوز بيع

احدهما

احدهما بالآخر متفاضلا اذا كانا مكيلين او موزونين ولو كان احدهما مكيلا والآخر موزونا كالحنطة ودقيقها والسمسم والشيرج ففي اعتبار تساويهما بالوزن او بالكيل وجهان ما يأتيان وما يعمل من جنسين يجوز بيعه بهما او بكل واحد منهما بشرط ان يكون في الثمن زيادة غير مجانسة لا يشترط في جواز بيعه بهما او بكل واحد منهما شرط مساواة جملة الثمن له قدرا لان كل جنس ينصرف الى ما يخالفه ولا يعتبر كما مخالفة كل واحد من الجنسين بل يكفي معرفة المجموع واما اذا بيع باحدهما فانه يشترط زيادته على مجانسه زيادة متمولة بحيث يمكن فرض كونها عوضا في البيع منفردة ومن يفرض هنا ايضا الجهل بقدر المجانس للثمن مع العلم بزيادته عليه بان يعلم ان المجانس لا يبلغ النصف فيبيعه بقدر ثلثي المجموع مثلا وفي حكم المعمول من جنسين ضم احدهما الى الآخر وبيعهما في عقد واحد وان تميزا لتساوي الفرضين في العلة المسوغة للبيع عندنا واللحوم مختلفة بحسب اختلاف اسماء الحيوان فلحوم البقر والجواميس جنس لدخولهما تحت لفظ البقر هذا الحكم محل وفاق والمراد انهما داخلان تحت البقر لغة والا فالعرف يابى ذلك مع انه مقدم على اللغة ومن هنا يعلم ان مناط الاتحاد تناول اللفظ الخاص لهما فلولا الاجماع على الحكم لكان فيه نظر وينبه عليه ما قرره المص في افراد الحمام المختص باسم كما سيأتي عرابها وبخاتيها هو بفتح اليا المثناه من تحت جمع بختى بضم البا وتشديد اليا ايضا الابل الخراسانيه والحمام جنس واحد ويقوى ان ما اختص باسم منه فهو جنس على انفراده كالفخاتي والورشان قد تقدم في الحج تعريف الحمام على اختلاف وان الفخاتي والورشان من افراده ووجه الخلاف هنا الشك في ان مقولية الحمام على ما تحته ومقولية النوع على الاصناف او الجنس على الاول يحرم بيع بعضها مطلقا وعلى الثاني يختص كل نوع منه بحكم ولما كان الوقوف على اثبات الحقائق عزيز جدا ولم يكن من جهة الشرع قاطع بشيء حصل الخلاف وبهذا يحصل الفرق بين افراد الحمام وافراد البقر بالنسبة الى الجاموس فانه قد ثبت شرعا انهما نوع واحد ومن ثم ضم احدهما الى الآخر في الزكوة عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود يقتضي جواز بيع بعضها ببعض كيف كان الى ان يتحقق المنع ويؤيده ان العرف ايضا لا يسمى هذين الفردين حماما ولا شك ان الحكم باتحاد النوع اولى واعلم ان الطير من حمام وغيره انما يتصور الربوا فيه اذا بيع لحمه وزنا اما لو بيع جزافا فلا ولو بيع عددا كما هو الغالب ففي ثبوت الربوا فيه خلاف ما يأتي والاقوى عدمه وكذا السموك الحكم المشبه به المشار اليه بذا هو ما سبق في الطير

اي هو جنس واحد ويقوى ان ما يختص باسم منه فهو جنس على انفراده ويحتمل كون المشار اليه هو
كونه جنسا واحدا والحاصل ان في اتحاد جنس السمك او تعدده باسمائه خلافا فانظر الشك في متوليته كما تقدم
في الحمام   ولا يجوز التفاضل بين ما يستخرج من اللبن وبينه كزبد البقر مثلا بحليبه ومخيضه واقطه
هذا الحكم محل وفاق نقله في التذكرة عن علمائنا اجمع ولولا ذلك لانقدح فيه الاشكال السابق نظرا
الى اختلاف الاسم والصفة   ودهن   جنس وكذا ما يضاف اليه كدهن البنفسج اضافته اليه
لا يخرجه عن نوع الدهن فانه ليس مركبا منه ومما اضاف اليه بل هو عين الدهن مكتسب باختلاطه به
مدة خاصيته لم ينزع منه   فخل العنب مخالف لخل الدبس اي خل دبس التمر وقد يطلق الدبس على
ما يعم دبس العنب ويختص خل العنب بخل الخمر   وفي النسيئة تردد هذا هو الخلاف المتقدم في بيع
احد الربويين بالآخر المخالف متفاضلا نسيئة والاقوى جوازه   ولو كان معدودا كالثوب
والثوبين الى قوله نقدا وفي النسيئة تردد ظاهره ان الخلاف مختص بالنسيئة وليس كذلك بل قد ذهب
جماعة الى ثبوته في المعدود مطلقا استنادا الى اطلاق رواية ظاهرة في الكراهة والاقوى اختصاصه
بالمكيل والموزون مطلقا للاخبار الصحيحة الدالة على الحصر فيهما   ولا ربا في الماء لعدم اشتراط الوزن
في بيعه لا فرق في ذلك بين بيعه جزافا او مكيلا او موزونا لاعتبار بقاء اعتيادهما فيه وفي حكمه
التراب والحجارة والحطب ولا عبرة ببيعه موزونا في بعض البلاد   وثبت في الطين الموزون كالارمني
على الاشبه   الاقوى اتباع العادة فيه فان استقرت على كيله او وزنه كما هو الواقع كان فيه
الربوا وكذا القول في غيره من التراب كالطين الخراساني   والاعتبار بعادة الشرع فما ثبت انه مكيل او موزون
في عهد النبي صلى الله عليه وآله بني عليه وما جهل الحال فيه يرجع الى عادة البلد   قد ثبت ان اربعة
كانت مكيلة في عهد النبي صلى الله عليه وآله وهي الحنطة والشعير والتمر والملح فلا يباع بعضها ببعض الا
كيلا وان اختلفت في الوزن واستثني في التذكرة ما يتجافى منه في المكيال كالقطع الكبار من الملح
فيباع وزنا لذلك وما عداها ان ثبت له في عهده صلى الله عليه وآله احد الامرين والا رجع فيه الى
عادة البلد ولو عرف انه كان مقدرا في عهده صلى الله عليه وآله وجهل اعتباره باحدهما احتمل التخيير
وتعين الوزن لانه اضبط واختاره في التذكرة وهو حسن ولا فرق بين بلده صلى الله عليه وآله وما
اقر اهله عليه في غيره   ولو اختلفت البلدان كان لكل بلد حكم نفسه وقيل يغلب جانب التقدير

ويثبت التحريم

ويثبت التحريم عموما   ما اختاره المص هو الاقوى لان المعتبر العرف عند عدم الشرع وكما ان عرف بلد
التقدير فيلزم حكمه فعرف الاخرى الجزاف فيلزمه حكمه صرفا للخطاب المتعارف من المجانس ووجه عموم التحريم
صدق اسم المكيل والموزون على ذلك النوع في الجملة   والمراعى في المساواة وقت الابتياع فلو باع لحما نيا
بقديد متساويا جاز وكذا لو باع بسرا برطب الى قوله وقيل بالمنع نظرا الى تحقق النقصان   هذه الجملة
من جملة افراد منصوص العلة وقد اختلف الاصحاب في تعديته الى غيره مما يشاركه فيها والاخبار الصحيحة
ظاهرة في التعدية وهو الاقوى   وفي بيع الرطب بالتمر تردد والاظهر اختصاصه بالمنع اعتمادا
على اشهر الروايتين   هذا هو مورد النص من منصوص العلة لما سئل النبي صلى الله عليه وآله عن
بيع الرطب بالتمر فقال اينقص اذا جف قالوا نعم فقال لا اذن   وعن الباقر عليه السلم قال قال
امير المؤمنين عليه السلم وكره ان يباع التمر بالرطب عاجلا مثل كيله من اجل ان التمر يبس ينقص من كيله   وعن
الصادق عليه السلم لا يصلح التمر بالرطب لان الرطب رطب والتمر يابس فاذا يبس الرطب نقص فاشاروا
عليهم الصلوة والسلم الى ان علة المنع النقصان بالجفاف فمن الاصحاب من عداه الى المنع من بيع
كل رطب بيابسه كالعنب بالزبيب ومنهم من اقتصر على المنصوص وبالغ ابن ادريس فجوز الجميع
والى قوله اشار المصنف بقوله وفي الرطب بالتمر تردد حيث جعله موضع التردد ثم حكم
بتحريمه وعدم تعديته   واشار المصنف في دليله باشهر الروايتين الى رواية سماعة قال سئل
ابو عبد الله عليه السلم عن العنب بالزبيب قال لا يصلح الا مثلا بمثل والتمر بالرطب مثلا بمثل
وجوابه القدح في سند الرواية والاقوى التحريم والتعدية الى كل ما فيه العلة المذكورة ومحل
تحقيق المسئلة الاصول   اذا كانا في حكم الجنس الواحد واحدهما مكيل والاخر موزون
كالحنطة والدقيق فبيع احدهما بالآخر وزنا جائز وفي الكيل تردد   منشأ التردد من ان الكيل اصل
للحنطة مستصحب في فروعها ومن ان الوزن اضبط وهو اصل للكيل ولان من افراد هذه
القاعدة ما لا يمكن فيه القول بالكيل كالحنطة بالخبز والسمسم بالشيرج   واختار الفاضل اعتبار
الكيل فيما هو اصله واطلق وهو حسن لكن يشكل بنحو ما ذكرناه فان اعتباره بالوزن ح احسن
بيع العنب بالزبيب جائز الخ   المنع اقوى وقد تقدم   وكذا الاخباز والخلول
وان جهل مقدار ما في كل واحد من الرطوبة لا بد في الجواز من اشتراكهما في اصل الرطوبة فلو كان احد

الخبز من رطبا والاخر يابسا لم يصح بناء على ما سلف من القاعدة وفي العبارة اشارة اليه حيث اثبت
لكل واحد رطوبة جهل مقدارها ولو علم ان رطوبة احدهما اكثر من رطوبة الاخر مع اشتراكهما في الاصل
ففي الجواز نظر من صدق الاسم في المثلين ومن العلم بزيادة حقيقة احدهما على الاخر ولعل الاقرب
الجواز لان الرطوبة غير مقصودة والحقيقة مطاع لهما وكذا لو علمنا الرطوبة في احدهما وانتفت من
الاخر كخل الزبيب وخل العنب الخالص   لا ربا بين الوالد وولده ويجوز لكل منهما اخذ الفضل
ولا بين المولى ومملوكه ولا بين الرجل وزوجته   هذا هو المشهور بين الاصحاب بل الاجماع فان المرتضى
وان خالف فيه في بعض كتبه وحكم بثبوت الربا بينهم حملا للخبر المنفي على النهي كقوله تعالى فلا
رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج وعملا بعموم القرآن الوارد بتحريم الربا الا انه رجع عنه محتجا
بوجود الاجماع على خلافه ونبه بقوله ويجوز لكل واحد منهما اخذ الفضل على خلاف ابن الجنيد
حيث نفى الربا بين الوالد وولده بشرط ان ياخذ الوالد الفضل والا يكون للولد وارث ولا عليه دين
واطلاق النص حجة عليه والحكم مختص بالولد النسبي بالنسبة الى الاب فلا يتعدى الحكم
الى الام ولا الى الجد مع ولد الولد والرضاع على اشكال فيهما اقتصارا بالرخصة على مورد اليقين
ووجه العدم اطلاق اسم الولد عليهما ومن ثم حرمت امراته على الاب والجد من انه حلائل
الابناء ولا فرق في الزوجة بين الدائم والمنقطع على الظاهر لاطلاق النص خلافا للتذكرة حيث
خصها بالدائم معللا بان التفويض في مال الرجل انما يثبت في حق العقد الدائم بان للزوجة ان تاخذ
من مال الرجل المادوم وفي معارضة مثل ذلك للنص منع ظاهر والحكم بنفي الربا بين السيد ومملوكه اما
لعدم صحة البيع بناء على انه لا يملك فيصدق عدم الربا واما بناء على انه يملك وكان الاولى بالقائل
بعدم ملكه ترك ذكره لكن لما ورد النص به تعرضوا له ويشترط مع القول بملكه ان لا يكون مشتركا فلو كان
كذلك ثبت بينه وبين كل من الشركاء والمدبر وام الولد في حكم القن اما المكاتب فلا على الظاهر
مع احتماله   ولا بين المسلم واهل الحرب   هذا اذا اخذ المسلم الفضل والا حرم ولا فرق بين
الحربي المعاهد وغيره ولا بين كونه في دار الاسلام والحرب واطلق جماعة هنا نفي الربا من غير فرق بين اخذ
المسلم الزيادة والحربي والتفصيل اقوى   ويثبت بين المسلم والذمي على الاشهر هذا هو المشهور
لعموم الادلة وذهب السيد المرتضى وابنا بابويه وجماعة الى عدم ثبوته للرواية المخصصة له كما
خصصت غيره ممن سبق والاول اولى فان قلنا بعدم ثبوته لزم تقييده بما مر من اخذ المسلم الزيادة

لا يجوز

لا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه كلحم الغنم بالشاة ويجوز بغير جنسه   هذا هو المشهور بين
الاصحاب وخالف ابن ادريس فحكم بالجواز لان الحيوان غير مقدر باحد الامرين وهو قوي ح كونه حيا والا فالمنع اقوى
والظاهر انه موضع النزاع   يجوز بيع دجاجة فيها بيضة بدجاجة خالية وشاة في ضرعها اللبن الخ   الوجه
في ذلك ان الدجاجة والشاة ليستا مقدرتين بالوزن حال حيوتهما وما في بطنهما غير مقدر ايضا ما دام كذلك كالثمرة
على الشجرة ولانه تابع ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منع منه محتجا بان له قسطا من الثمن وهو ممنوع
او نقول وان كان له حصة لا فرق بين كون الثمن زائدا عما فيها من اللبن وناقصا لما تقدم من التعليل وان
كان العوض نقدا ومثله بيع نخلة فيها ثمرة بمثله   القسمة ليست بيعا فيصح فيما فيه الربا ولو اخذ
احدهما الفضل هذا موضع وفاق ونبه به على خلاف الشافعي في احد قوليه حيث جعلها بيعا فاثبت فيها
الربا كالبيع   يجوز بيع مكوك من الحنطة بمكوك وعقد التبن ودقاقه الى قوله لانه مما جرت به العادة   اشار بذلك الى
اشتراط قلته بحيث يجري العادة بتبعيته فلو زاد عن ذلك لم يجز ومثله الدردي في الخل والدبس والتفل في البزر
ونحو ذلك   يجوز بيع درهم ودينار بدينارين الخ   هذا الحكم موضع وفاق من اصحابنا وخالف فيه الشافعي محتجا
بحصول التفاوت عند المقابلة على بعض الوجوه كما لو بيع مد ودرهم بمدين والدرهم ثمن لمد ونصف بحسب
القيمة الحاضرة وجوابه الى الزيادة ح بمقتضى التقسيط لا بالبيع فانه انما وقع على المجموع بالمجموع ومشكل
الحكم لو احتيج الى التقسيط كما لو تلفت الدراهم المعينة قبل القبض او ظهر مستحقا مطلقا وكان في مقابلة
ما يوجب الزيادة المفضية الى الربا فانه ح يحتمل بطلان البيع من راس للزوم التفاوت في الجنس الواحد
كما لو باع مدا ودرهما بمدين ودرهمين مثلا فان الدرهم التالف اذا كان نصف المبيع بان كانت قيمة المد
درهما بطل البيع في نصف الثمن فيبقى النصف الاخر وحيث كان منزلا على الاشاعة كان النصف من كل من
الجنسين فيكون نصف المدين ونصف الدرهمين في مقابلة المد فيلزم الزيادة الموجبة للبطلان ويحتمل
البطلان في مخالف التالف خاصة والصحة في مخالف الباقي لان كلا من الجنسين في المبيع قوبل به مخالفه في الثمن
فاذا بطل احد الجزئين بطل فيما قوبل به لان صحة البيع منزلة على ذلك فكذا بطلانه والمرجح لذلك نص الاصحاب على ان
كل جنس فيما يخالفه ويحتمل الصحة فيما بقي من الثمن وما قابله كائنا ما كان فيقسط الثمن على التالف من المبيع
والباقي ففي المثال السابق يصح البيع في نصف المبيع بنصف الثمن ولا ينظر الى الزيادة لانها انما صارت بسبب
التقسيط وليس التقسيط بيعا وفي حال البيع لم يكن زيادة ويشكل بانه وان لم يكن بيعا فهو معاوضة وقد تقدم x

ان الربا يعم كل معاوضة ويندفع بانه لا معاوضة الا بالبيع السابق وقد كان في وقته جامعا للشرائط فيستصحب
حكم الصحة وربما نزل بعضهم التقسيط على وجه لا يلزم منه الربا كما لو كانت قيمة المد درهمين فان الثمن يكون ثلثاه من
الفضة والثمن وكذا المثمن فيكون ثلث الدرهم بازاء ثلث درهم وثلث المد التمر بازاء ثلثي مد تمر ما زاد درهم
وثلثا درهم بازاء مد وثلث تمر فاذا تلف المد والدرهم سقط ما ذكر بازائه ووجه التقسيط على هذا الوجه
ان اجزاء المبيع لما قوبلت باجزاء الثمن على طريق الشيوع لم يجب ان يقع التقسيط على وجه يلزم منه المحذور
صيانة للعقد عن الفساد ما امكن السبيل اليه ويشكل بان مقتضى التقسيط مقابلة كل من الجنسين بمقابله على النسبة
فالعدول عنه لمجرد العناية تحكم والذي يوافق اصول الاصحاب هو الاحتمال الاوسط فانه هو المصحح لاصل البيع والا كان
مقتضى المقابلة لزوم الربا من راس   وقد يتخلص من الربا بان يبيع احد المتبايعين سلعته من صاحبه بجنس غيرها الى آن
ولا يقدح في ذلك كون هذه الامور غير مقصودة بالذات والعقود تابعة للقصود لان قصد التخلص من الربا انما يتم
مع القصد الى بيع صحيح او قرض او غيرهما من الانواع المذكورة وذلك كاف في القصد الى عقد يصحح جميع الحالات
المرتبة عليه بل يكفي قصد غاية صحيحة من غاياته فان من اراد شراء دار مثلا لتواجرها وتكتسب بها فان
ذلك كاف في الصحة وان كان لشراء الدار غايات اخرى اقوى من هذه واظهر في نظر العقلاء وكذا القول في غير ذلك
من افراد العقود وقد ورد في اخبار كثيرة ما يدل على جواز الحيلة على نحو ذلك   الصرف وهو بيع الاثمان بالاثمان
الصرف لغة الصوت وشرعا بيع الاثمان وهي الذهب والفضة بالاثمان كانه سمي بذلك لما يشتمل عليه من الصوت
عند تقليبهما في البيع والشراء وانما سمي الجنسان ثمنا لانهما يقعان عوضا عن الاشياء ويقترنان بباء العوض
غالبا بل نقل العلامة قطب الدين الرازي رحمه الله عن الفاضل قدس سره انهما ثمن وان اقترنت الباء بغيرهما
حتى لو باعه دينارا بحيوان ثبت للبايع الخيار مدعيا على ذلك الاتفاق   ويشترط في صحة بيعهما زائدا
على الربويات التقابض في المجلس فلو افترقا قبله بطل على الاشهر   زيادة احكامها على الربويات لا جميع افراد
جمعها فان من جملتها بيع الذهب والفضة وهذا لا يتعلق بربا بل بحكم الصرف خاصة والحاصل ان بين حكم
الربا والصرف عموما وخصوصا من وجه يجتمعان في بيع احد النقدين بجنسه ويختص الربا بغير
الاثمان ويختص الصرف ببيع احد الاثمان بالآخر والمراد بالمجلس محل الاجتماع وان تعدد كما في خيار
المجلس حتى لو فارقا مجلس العقد مصطحبين لم يبطل ولو قال التقابض قبل التفرق كان اولى ونبه بالاشهر
على خلاف الصدوق ابن بابويه حيث لم يعتبر المجلس استنادا الى روايات ضعيفة والاصحاب كلهم على
خلافه

خلافه فربما كان الشرط اجماعيا   واعلم انه على تقدير الحكم بالبطلان مع التفرق هل يجب تحصيل هذا الشرط
بحيث يأثمان لو اخلا به اختيارا وليس في اعتبار شرطيته ما يدل عليه بل غايته الحكم بالبطلان مع الاخلال
به وفي التذكرة قطع بوجوب الوفاء به وانهما يأثمان بتركه اختيارا وجعله بمنزلة الربا حتى اوجب عليهما التفاسخ
قبل التفرق لو تعذر عليهما التقابض وجعل تفرقهما قبله بمنزلة بيع الربوي   فان بطلانه لا يغني عن الاثم به
وهو ظاهر عبارة الدروس حيث حكم بوجوب التقابض قبل التفرق وان كان الوجوب في هذا الباب قد يعبر به
عن الشرط مجازا وفي الاخبار رائحة على التحريم لكن لم يتعرض له الاكثر   ولو قبض البعض صح فيما قبض حسب
ويتخير كل منهما في فسخ الباقي وامضائه لتبعض الصفقة ان لم يحصل منهما تفريط في تاخير القبض والا فلا ولو اختص
احدهما بعدم التفريط اختص بالخيار   ولو وكل احدهما في القبض عنه فقبض الوكيل قبل تفرقهما صح ولو قبض بعد
التفرق بطل   الضابط في ذلك ان المعتبر حصول التقابض قبل تفرق المتعاقدين فمتى كان الوكيل في القبض غير
المتعاقدين اعتبر قبضه قبل تفرق المتعاقدين ولا اعتبار بتفرق الوكيل ومتى كان المتعاقدان وكيلين
اعتبر تقابضهما في المجلس او تقابض المالكين قبل تفرق الوكيلين   ولو اشترى منه دراهم ثم ابتاع بها دنانير قبل
قبض الدراهم لم يصح الثاني ولو افترقا بطل العقدان   انما لم يصح الثاني لانه ملك العوض في الصرف موقوف على
التقابض ولم يحصل فيكون قد باع ثانيا ما لم يملكه ويجيء على القول بالمنع من بيع ما يكال او يوزن
قبل قبضه وجه آخر لعدم الصحة هنا ومن ثم يظهر بطلان العقدين ولو افترقا قبله هذا قول الاكثر وفصل
ابن ادريس هنا فقال ان كان النقد المبتاع ثانيا معينا صح العقد الثاني اذا تقابضا في المجلس وان كان
في الذمة بطل الثاني لانه بيع دين بدين وينبغي القول بالصحة مطلقا اذا تقابضا قبل التفرق وغايته
ما يحصل في البيع الثاني ان يكون فضوليا فاذا لحقه التقابض صح وسيأتي ان بيع الدين بالدين على هذا الوجه ممتنع
ولو كان له عليه دراهم واشترى بها دنانير صح وان لم يتقابضا وكذا لو كان له دنانير فاشترى بها دراهم لان
النقدين من واحد   هذا هو المشهور في هذه المسألة لان ما في الذمة بمنزلة المقبوض وهو وارد في
المسألة السابقة ايضا الا ان هذه انفصلت عن تلك بان ما في الذمة اولا كان ثابتا مستقرا
بخلاف السابقة فان الدراهم المشتراة اولا لم تستقر في الذمة بسبب توقفه على القبض فلم يكن حصول
النقدين من واحد كافيا   واعلم ان المصنف فرض المسألة فيمن اشترى دنانير ممن عليه الدراهم ففي موضع
الاشكال منها اشتراط التقابض او الاكتفاء بالعقد وجماعة من الاصحاب فرضوها تبعا للرواية

ممن قال الحق في ذمته الدراهم بحولها الدنانير وحكموا بالتحول وان لم يتقابضا العلة ان النقدين من واحد وانكر
ذلك ابن ادريس من حيث عدم التقابض ومن ان مجرد هذا الامر لا يقتضي التحول وربما بنوا حكمهم على مقدمات
لزم من صحتها صحة الحكم هنا الاولى ان الامر بالتحويل توكيل في تولي طرفي العقد فان التوكيل لا ينحصر
في لفظ الثانية انه يصح تولي طرفي العقد من الواحد الثالثة انه يصح ايضا توليه طرفي القبض
الرابعة ان ما في الذمة مقبوض الخامسة ان بيع ما في الذمة للغير من الدين الحال ليس من بيع
ذمة بذمة بيع دين بدين السادسة ان الوكيل في البيع اذا توهم صحته على القبض يكون
وكيلا فيه والا فلا فان مطلق التوكيل في البيع لا يقتضي التوكيل في القبض فاذا سلمت هذه المقدمات صحت
المسألة واذا كان في الفضة غش مجهول لم تبع الا بالذهب او بجنس غير الفضة وكذا الذهب
هذا مبني على الغالب من ان المغشوش لا يباع بوزنه خالصا لان البيع مبني على المكاسبة والمغالبة
فلا يدفع المشتري بوزن المغشوش صافيا والا فلو فرض وقوع ذلك صح بيعه بجنسه ايضا بل متى
علم زيادة الخالص عن مجانس المغشوش صح وان لم يبلغ قدر المجموع من النقد والغش ولو علم جاز
بيعه بمثل جنسه مع زيادة تقابل الغش وكذا لو جهل كما بيناه بان جهل قدره ولكن علم انه لا يزيد عن
النصف فيجوز بيعه بزيادة يسيرة عن النصف من جنسه ويصرف الزائد الى ما يقابل الغش ومعنى
قوله يقابل الغش ان يكون الزيادة على النقد يصلح عوضا في مقابلة الغش بحيث يتمول وان لم يقابل
قيمته ولا يباع تراب معدن الفضة بالفضة احتياطا ويباع بالذهب اي للاحتياط
في التحرز من الربا اذا بيع بجنسه لجواز زيادة احدهما على الآخر اذ الفرض كون النقد مجهولا ولو بيع التراب هنا
بمساويه نقدا لم يصح كما في المغشوش لان التراب لا قيمة له يسقط الزائد في الثمن بغير عوض وكما يجوز بيعه بالنقد
الآخر يجوز بمخالفهما مطلقا وهو اولى لانه ابعد عن الربا وكان على المص ان يذكره ايضا ولو جمعا في صفقة
جاز بيعهما بالذهب والفضة معا الظاهر ان المعية كون الذهب والفضة مجعولين معا ثمنا واحدا وحينئذ
بيعهما بهما ~~بالذهب والفضة~~ معا واضح على اصولنا لا نصراف كل واحد الى ما يخالفه وكذا يجوز بيعهما
باحدهما مع زيادة الثمن على مجانسه بحيث يقابل تراب معدن الآخر ولو بيعا بغيرهما صح ايضا بطريق اولى
كما مر ويجوز بيع جواهر الرصاص والصفر بالذهب والفضة وان كان فيه يسير فضة او ذهب الخ
في قوله وان كان فيه لف ونشر مرتب اي وان كان في جوهر الرصاص يسير فضة وفي جوهر الصفر يسير ذهب

ولا اشترط

ولا اشترط العلم بزيادة الثمن عن ذلك اليسير لانه مضمحل وتابع غير مقصود بالبيع فاشبه الحلية على سقوف الجدران
ولحسنة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام وما ذكرناه من التعليل اجود من تعليل المص بان الغالب غيرهما
فان مجرد الاغلبية غير كاف في جواز البيع بذلك النقد كيف اتفق حتى لو كان الخليط عشرا امكن معه لم يجز
بيعه بجنسه الا مع زيادة الثمن عليه بحيث يقابل الآخر كما مر وكانه اراد الغلبة المستولية على النقد
بحيث اضمحل معه مجازا كما تجوزوا في باب الاحداث النوم الغالب على الحاستين والرصاص يقع اوله والصفر
بضمه ويجوز اخراج الدراهم المغشوشة مع جهالة الغش اذا كانت معلومة الصرف بين الناس وان كانت
مجهولة لم يجز انفاقها الا بعد ابانة حالها المراد بكونها معلومة الصرف كونها متداولة بين الناس مع علمهم
بحالها فانه يجوز ح اخراجها وان لم نعلم بقدر ما فيها من الغش فلو كانت مجهولة الصرف بحيث لو علم
بحالها ما قبلوها وجب على مخرجها ابانة حالها بان يقول انها مغشوشة وان لم يبين قدر غشها ولو اخرجها
من دون الاعلام على الجاهل بحالها جاز له ردها اذا علم ولو لم يردها بقي في ذمة المخرج لها قدر التفاوت بينها
وبين النقد المطلوب ولا يخفى ان المراد هنا الغش المعتبر دون ما يستهلك لقلته نبه عليه في التذكرة
الدراهم والدنانير يتعينان الخ هذا موضع وفاق من اصحابنا واكثر من خالفنا لعموم الامر بالايفاء بالعقود فاذا
اشتملت على التعيين لم يتم الوفاء بها الا بجميع مشخصاتها ولان المقتضي لتعين العروض هو العقد وهو حاصل في الثمن فيتعين
كالعرض فعلى هذا يجب دفع العين ولا يجوز ابدالها ولو تلفت قبل القبض انفسخ البيع ولم يكن له دفع عوضها وان
ساواه مطلقا ولا للبائع طلبه وان وجد البائع بها عيبا لم يستبدلها بل اما ان يرضى بها او يفسخ العقد ونبه بذلك
على خلاف ابي حنيفة حيث ذهب الى انها لا تتعين بالعقد بل بالقبض واثبت نقيض هذه الاحكام
اذا اشترى دراهم بمثلها معينة فوجد ما صار اليه من غير جنس الدراهم كان البيع باطلا الخ الثمن والمثمن
اما ان يكونا معينين او مطلقين او مختلفين فالاقسام اربعة ثم اما ان يظهر العيب فيهما او في احدهما
بحيث يكون جميعه معيبا او بعضه ثم اما ان يكون العيب من الجنس او من غيره ثم اما ان يكون الظهور قبل
التفرق او بعده فالصور ست وتسعون صورة وهذه المسألة قد اشتملت على حكم المعين منها وهي ثمان
واربعون والتي بعدها اشتملت على حكم غير المعين منها نعلم حكم ما لو تفرقا عنه وكل هذه الاحكام متفرعة
على تعينهما بالتعيين فوجد ما صار اليه من غير جنس الدراهم كان البيع باطلا كما لو ظهرت الدراهم
رصاصا او نحاسا ووجه بطلان البيع ظاهر لان ما وقع عليه العقد غير مقصود بالشراء فيقع العقد
باطلا لتخلف القصد عما وقع عليه العقد ولا فرق في ذلك بين الصرف وغيره واشار اليه المص بقوله

وكذا لو باعه ثوبا كتانا فظهر صوفا ومثله لو باعه بغلة فظهرت فرسا ونحو ذلك فيصح هنا رد الثمن وليس له الابدال لو وقع العقد على غير شخصه فلا ساوا غيرها ولا الارش لعدم وقوع الصحيح والمعيب على هذه العين ولو كان البعض من غير الجنس بطل فيه حسب وله رد الكل لتبعيض الصفقة واخذ الجيد بحصته من الثمن هذا الحكم واضح نحو ما قلناه وحيث ما اخذ المشتري الجيد بحصته من الثمن تخير البايع ايضا مع جهله بالعيب لتبعيض الصفقة كما تخير المشتري وانما قضي بخيار التبعض للمشتري بناء على الظاهر من ان المشتري يجهل بالعيب دون البايع لثبوته في ملكه واطلاعه على احواله فلو فرض خلاف ذلك بان اشتراه وكيله وباعه بسرعة من غير تامل وكان العيب مما يخفى على مثله ثبت له الخيار كما ان المشتري لو اطلع عليه فلا خيار له ولو كان الجنس واحدا وبه عيب كخشونة الجوهر والسكة كان له رد الجميع او امساكه وليس له رد المعيب وحده ولا ابداله لان العقد لم يتناوله اذا كان العيب من الجنس كما مثله المص ومنه ظهور سكة السلطان حيث يكون هي الغالب في المعاملة المعهودة بها ونحو ذلك فان كان العيب شاملا للجميع تخير المشتري بين رده اجمع وامساكه وليس له رد البعض لتبعض الصفقة على صاحبه ولا الابدال للتعين وان كان مختصا بالبعض تخير ايضا بين رد الجميع وامساكه وهل له رد المعيب وحده قيل لا لافضائه الى تبعيض الصفقة على الآخر فيمنع منها كما لو كان ما جمعه معيبا فان كل جزء منه موجب للخيار ردوبه قطع المص وجماعة وقيل له لاختصاصه على رد المعيب لاستقلال الصحيح بالبيع وثبوت الخيار في الباقي لعارض البيع لا يوجب فسخ البيع فيه ورجح في التذكرة واما الارش فهو منتفي في جميع هذه الصور لانها مفروضة في بيع الفضة بالفضة وهما متجانسان متساويان في القدر فلو اخذ ارش المعيب لزم زيادة قدر المعيب عن الصحيح ولا يجبره عيبه الجنسي لما عرفت من ان جوهر الجيد ورديه جنس واحد نعم لو كانا مختلفين كالدراهم بالدنانير جاز له اختيار الارش ايضا ما داما في المجلس فان فارقاه لم يجز ان ياخذ من الاثمان لئلا يعد صرفا بعد التفرق ويجوز من غيرها اذا اشترى دراهم في الذمة مثلها ووجد ما صار اليه غير فضة قبل التفرق كان له المطالبة بالبدل وان كان بعد التفرق بطل الصرف انما كان البدل هنا لان العوض في الذمة وهو امر كلي والمدفوع لما لم يكن من الجنس امتنع كونه احد العوضين طلب بحقه لانتفاء المانع حيث لم يحصل التفرق قبل القبض ووجه البطلان مع التفرق فوات شرط صحة الصرف وهو التقابض فيه ولو كان البعض بطل فيه وصح في الباقي اي ظهر كون البعض في غير الجنس وكان تبينه بعد التفرق فانه يبطل فيه لما مر ولو كان قبله طالب بالبدل وهو غير داخل في العبارة ولو قال ولو كان البعض اختص بالحكم لكان اشمل واخصر وان لم يخرج بالعيب عن الجنسية كان مخيرا بين الرد والامساك بالثمن

من غير ارش

من غير ارش وله المطالبة بالبدل قبل التفرق قطعا وفيما بعد التفرق تردد اما التخيير فللعيب واما عدم الارش فلاستلزامه الربا وحيث كان ما في الذمة امرا كليا محمولا على الصحيح كان له ابداله قبل التفرق قطعا لان المقبوض لا نقص عن عدمه واما بعده ففيه تردد من حيث ان الابدال يقتضي عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق وان الامر الكلي الثابت في الذمة قد وجد في ضمن البدل الحاصل بعد التفرق فيؤدي الى فساد الصرف فلا يصح البدل ومن تحقق التقابض في العوضين قبل التفرق لان المقبوض وان كان معيبا فقد كان محسوبا عوضا لان العيب من الجنس فلا يخرج عن حقيقة العوض المعين غايته كونه بالعيب الحسي منتفيا لبعض الاوصاف واستدراكه ممكن بالخيار ومن ثم لو رضي به استقر ملكه عليه ونماؤه له على التقديرين فاذا فسخ رجع الحق الى الذمة فيتعين حينئذ عوضا صحيحا وقد ظهر بذلك ان التفرق قبل قبض العوض الصحيح لا يقدح في المعاوضة وكذا لا يقدح الفسخ الطاري وهذا هو الاقوى لكن هل يجب قبض البدل في مجلس الرد بناء على ان الفسخ رفع العوض وعوض الصرف غير مقبوض فاذا لم يقدح في صحته السابقة يعتبر القبض ثم ليتحقق التقابض او يسقط اعتباره من حيث صدق التقابض في العوضين الذي هو شرط الصحة ولاصالة براءة الذمة من وجوب قبض الآخر ولان الصرف قد حكم بصحته بالقبض السابق فيستصحب الى ان يثبت المزيل وجهان اجودهما الثاني وقد ظهر بما قلناه وجه الترجيح اذا اشترى دينارا بدينار ودفعه فزاد زيادة لا تكون الا غلطا او تعمدا كانت الزيادة في يد البايع امانة وكانت للمشتري في الدينار مشاعة المراد انه اشترى دينارا في الذمة بدينار كذلك وان كان قوله ودفعه يوهم التعيين اذ لو كانا معينين لبطل الصرف من حيث اشتمال احد العوضين على زيادة عينية وكذا لو كان الزائد معينا والمطلق مخصوصا بقدر ينقص عن المعين بحسب نوعه والحكم بكون الزائد امانة هو اجود القولين لاصالة البراءة من الضمان ولانه لم يقبضها بسبب مضمون من سوم ولا غصب ولا بيع فاسد وانما قبضها باذن مالكها فيكون كالودعي والقول الآخر انها تكون مضمونة لانه قبضه على انه احد العوضين الذي جرى عليهما عقد المعاوضة فيكون مضمونا نظرا الى مقتضى العقد ولانه اقرب الى الضمان من المقبوض بالسوم ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وفيه ان مقتضى على انه العوض غير قادح مع ظهور عدمه ومقتضى العقد لم يدل على ضمان غير العوضين وكونه اقرب من المقبوض بالسوم انما يجري لو سلم كون المقبوض بالسوم مضمونا وهو محل النزاع وعموم الخبر يشمل محل النزاع في حيز المنع فان الثابت على الاخذ بمقتضى الخبر غير معين فجاز كون الواجب على اليد الحفظ ونحوه الى ان تؤدي ويرشد اليه الامانات المقبوضة باليد مع عدم الحكم

بمانها وانما القدر المتفق عليه وجوب حفظها وبنه بقوله لايكون الاغلطا او تعمدا على
التويه بين الامرين في الامانة وهو في صورة التعمد محل وفاق ولانه وكيل له ونايب في الحفظ
ثم الامانة في الصورتين على تقديرها مختلفة هي امانة مالكيه لا يجب ردها الامع طلب
المالك وان وجب حفظها وعلى تقدير الغلط هي شرعية وان كانت مدفوعة من
المالك لعدم علمه بها فيكون كما لو اعاره صندوقا فوجد فيه متاعا فانه يكون امانة شرعيه
مع استناد دفعها الى المالك نظرا الى جهله به ويحتمل كونها مالكيه نظرا الى استناد دفعها
اليه وتعريفها المشهور بينهم صادق على محل النزاع لانهم جعلوا مناطها كونها مستندة الى المالك
ومن في حكمه وتظهر الفايدة في وجوب ردها على الفور واعلام المالك بها فان ذلك
من احكام الامانة الشرعيه وعلى تقدير الغلط اما ان يتبين الحال قبل التفرق او بعده فان كان
قبله فلكل منهما استرداد الزيادة وابداله وليس للآخر الامتناع تحرزا من الشركه وان كان بعد
التفرق فان جوزنا الابدال للعيب من الجنس كما مر فكذلك والا ثبت الخيار لكل واحد
منهما لعيب الشركة ولو كانت الزيادة يسيرة بسبب اختلاف الموازين فهي للقابض

روى جواز ابتياع درهم بدرهم مع اشتراط صاغة خاتم فهل يعدى الحكم الاشبه لا هذه
الرواية رواها ابو الصباح الكناني عن الصادق عليه السلم قال سألته عن الرجل يقول للصايغ صغ هذا
الخاتم وابدل لك درهما طازجيا بدرهم غلة قال لا باس وقد اختلفوا في تنزيل هذه الرواية
والعمل بمضمونها فالشيخ رحمه الله عمل بها في البيع المذكور في الكتاب وعداها الى اشتراط صاغة غير الخاتم نظرا
الى تضمن الرواية جواز الصياغة مع البيع وعدم الفرق بينها وبين غيرها من الشروط وكذلك ابن ادريس الا انه
نظر جهة اخرى وهي ان الصياغة ليست زيادة عينية والممتنع في الربا هي خاصة دون الحكمية والمصنف
وجماعة نقلوها بلفظ روى مرة دون فتوى بها ثم والحق انها لا دلالة لها على مدعاهم من جواز بيع درهم مطلقا
بدرهم مع شرط الصاغة بل انما تضمنت جعل ابدال الدرهم المذكور فيها بالدرهم شرطا في الصاغة لا البيع
بشرط الصاغة اللهم الا ان يقال ان الابدال يرجع الى الصرف وانه لا فرق بين الزيادة اذا جعلت شرطا
في الربوي وبين جعل الربوي شرطا فيها مع حصولها في الحالين اجود ما ينزل عليه الرواية انها تضمنت ابدال
درهم طازج بدرهم غلة مع شرط الصاغة من جانب الغلة ومع ذلك لا يتحقق الزيادة لان الطازج على ما ذكره

بعض اهل اللغة

بعض اهل اللغة ونقله جماعة من الفقهاء الدرهم الخالص والغلة غيره وهو المغشوش وقد يطلق الغلة
على المكسرة ولكن يتم هنا مع التفسير الاول لان الزيادة الحكمية مشروطة مع المغشوش وهي تقابل ما زاد
في الخالص عن جنسه في المغشوش وهذا الوجه لا مانع منه في البيع وغيره وفي شرط صاغة وغيره من
الصايغ ثم فعلى هذا يصح الحكم ويتعدى واما ما اطلقوه فالمنع متوجه اليه سواء شرط الصاغة ام
وغيرها للاجماع على المنع من الزيادة العينية وكذا الحكمية على المذهب الحق ولا دليل يعارض ذلك على ما عرفت
من الرواية الا والاواني المصوغة من الذهب والفضة ان كان كل واحد منهما معلوما جاز بيعه بجنسه
من غير زيادة وبغير الجنس وان زاد وان لم يعلم وامكن تخليصهما لم يبع بالذهب ولا بالفضة وبيعت بهما
او بغيرهما وان لم يمكن وكان احدهما اغلب بيعت بالاول وان تساويا تغليبا بيعت بهما قد عرفت
من القواعد السالفة ان المجتمع من جنس يجوز بيعه بغير جنسيهما مطلقا وبغيرهما معا سواء علم قدر كل
واحد من المجتمع ام لا اذا عرفت قدر الجملة وسواء امكن تخليصهما ام لا وبكل واحد منهما اذا علم زيادته
عن جنسه بحيث يصلح ثمنا للآخر وان قل سواء امكن التخليص ام لا وسواء علم قدر كل واحد ام لا
وهذه المسئلة جزئي من جزئيات القاعدة وما ذكره فيها الحكم كلام الشيخ رحمه الله وتبعه عليه
جماعة وهو يحتاج الى التنقيح في جميع اقسامه كما لا يخفى ونتنبه منه على امور الاول
قوله ان كان احدهما معلوما جاز بيعه بجنسه من غير زيادة وبغير الجنس وان زاد ان اراد بيعه
بيع ذلك الجنس خاصة فهذا لا وجه له لان المبيع انما هو مركب منهما ثم فلا معنى لافراده
بالبيع وان كان المراد به المجموع اشترط في بيعه بجنس احدهما زيادة الثمن على جنسه لتقابل الاخر
وان اراد بيع المجموع بجنسه معا فلا وجه لاشتراط عدم زيادته ايضا لانصراف كل جنس
الى مخالفه فيجوز زيادته ونقصانه ولا فرق في هذين القسمين بين ان يعلم قدر كل واحد منهما
او يجهل كما مر فلا وجه للتقييد بالعلم بهما الثاني قوله وان لم يعلم وامكن تخليصهما لم يبع
بالذهب ولا بالفضة وبيعت بهما او بغيرهما فيه ان بيعه بوزنه ذهبا او فضة جايز مطلقا
وكذا مع زيادة الثمن على قدر المركب ويمكن جوازه مع نقصانه اذا علم زيادة الثمن على جنسه
بما يتمول ليقع في مقابلة الآخر بعد امكان التخليص لا وجه له بل يجوز حينئذ بيعه بهما وباحدهما
وبغيرهما سواء امكن التخليص ام لا الثالث قوله وان لم يمكن وكان احدهما اغلب بيعت

بالاقل غالباً واعتذر الشهيد رحمه الله عن ذلك بان ذكر الاقل محافظة على طلب الزيادة ولا يخفى ان الزيادة المعتبرة
في الثمن عن جنسه يمكن تحققها مع الاقل والاكثر ومع ذلك فالارشاد الى الزيادة غير كاف في التخصيص الموجب لتوهم
المنع من غير السر الرابع قوله فان تساويا تغليبا بيعت بهما فيه انه مع تساويهما يجوز بيعه بهما وباحدهما مع الزيادة
وبغيرهما فلا وجه للتخصيص بهما ولا فرق في ذلك ايضا بين التخليص وعدمه ولا بين العلم بقدر كل واحد منهما وعدمه بل
المعتبر العلم بالجملة ويمكن فرض العلم بتساويهما مع جهالة قدر كل واحد منهما بان يكون معهما ثالث من نحاس وغيره بحيث
يوجب الجهل بقدرهما مع العلم بتساويهما قدرا وفي قوله وان تساويا وما تغليبا تجوز فان التغليب لا يكون الا مع زيادة
احدهما لا مع تساويهما المراكب المحلاة ان علم ما فيها بيعت بجنس الحلية بشرط ان يزيد الثمن عما فيها او توهب
الزيادة من غير شرط وبغير جنسها مطلقا الكلام في هذه المسئلة نحو ما تقدم فانه مع العلم بقدر الحلية يجوز بيعها
بغير جنسها مطلقا وبجنسها مع الزيادة وكذا يجوز ذلك مع الجهل بقدرها اذا علم زيادة الثمن عن الحلية فانه يمكن تصور العلم
بالزيادة وان جهل القدر ولا فرق في ذلك بين امكان نزعها وعدمه وقوله من غير شرط اي من غير شرط للاتهاب في عقد البيع
لا يستلزمه الزيادة في احد الجنسين لان الشرط زيادة حكمية كما عرفت في اشتراط صياغة الخاتم وانما يصح مع شرط
هبة الزيادة اذا وقع البيع بالثمن على الحلية خاصة اذا فرضت قدرة او زايدة على قدره كما لا يخفى ولو وهبه
الزائد من البيع صح ايضا ويحتمل تحريمه من شرط بيع الباقي بمثله كما لو باع من الهبة وان جهل ولم يمكن
نزعها الا مع الضرر بيعت بغير جنس حليتها وان بيعت بجنس الحلية قيل يجعل معها شيء من المتاع ويباع بزيادة
عما فيها تقريبا دفعا لضرر النزع قد عرفت مما سلف انه مع الجهل بقدرها يجوز بيعها بغير جنس حليتها مطلقا
وبجنسها مع العلم بزيادة الثمن عليها فانه قد يفرض سواء جعل معها شيء ام لا ومع عدم العلم بزيادته عليها
اذا ضم اليه شيء ليصرف الثمن الى غير الحلية والضميمة اليها فاما قوله قيل يجعل معها فاشارة به الى قول الشيخ رحمه الله
فانه ذكر ذلك وجعل الضمير مؤنثا كما هنا وظاهره ان الضميمة تكون مع الحلية وفيه نظر لضعف القول فمن ثم ذكره
بصيغة قيل لان ضميمة شيء الى المركب يوجب الضرر حيث يحتاج الى مقابلة الثمن بها مع الكل وانما المحتاج
الى الضميمة الثمن والشيخ تبع في ذلك رواية وردت بهذه الصيغة ونسبت الى وهم الراوي وان
الصواب معه واعتذر له الشهيد بانه اراد ان بيعها منفردة لا يجوز فضم اليها المحلاة او شيئا آخر ويضم
اليها او الى المحلى بكرا لثمن من الجنس وقد عرفت ان ذلك كله مستغن عنه فان بيعها منفردة وان كانت مجهولة
بالجنس يمكن مع العلم بزيادة الثمن عليها سواء ضمت اليها اولا وكان الاولى عود الضمير الى الثمن ولو نضرب من التجوز

فان المحتاج

فان المحتاج اذا لم يعلم زيادته عن الحلية لكن على تقدير ارادة الثمن تنا ويل الاثمان ونحوه ولا يلتئم مع قوله بعد ذلك
ويباع بزيادة عما فيها تقريبا لانه مع الضميمة الى الثمن والحال ان المحل منضم الى الحلية يستغنى عن زيادة الثمن لانصراف كل من
جزئي العوضين الى المخالف لو باع ثوبا بعشرين درهما من صرف العشرين بالدينار لم يصح لجهالته علله المنع
بالجهالة يقتضي اثباتها وان وجد في المعاملة منها نوع صرفه ذلك وعلم به وبهذا التعميم صرح في التذكرة حتى لو كان نقد البلد صرف
عشرين بدينار لم يصح ايضا لان السعر مختلف ولا يختص ذلك بعد البلد ويشكل بان المانع من الصحة انما هو مجهولية الدراهم وعلى
هذا التقدير معلومة ولا اطلاق ينزل على نقد البلد او الغالب ان تعدد فمتى كان نقد البلد معينا لذلك الصرف
او الغالب وعين نوعا منه لذلك صح والا فلا لو باع مائة درهم بدينار الا درهما لم يصح للجهالة هكذا اطلق الشيخ
وجماعة ويجب تقييده بجهالة نسبة الدراهم من الدينار بان جعله مما تجدد من النقد حالا او مؤجلا او من قيمة
الدراهم من الدينار وجاز لارتفاع الجهالة واراد بالتقدير العلم بالنسبة وان لم يصرح بها فانه مناط الصحة وان
كان التصريح بالنقد اولى بالصحة وفي رواية السكوني عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام في الرجل يشتري
السلعة بدينار غير درهم الى اجل قال فاسد فلعل الدينار يصير بدرهم اشارة الى ان العلة هي الجهالة ولا فرق
بين استثناء الدراهم من الدنانير وغيره منه وعكسه من غيره فان ضابط الصحة في الجميع النسبة والبطلان عدمها
وكذا لو كان ذلك ثمنا لما لا ربا فيه بان باعه ثوبا بدينار غير درهم فان الحكم واحد في الصحة مع علم النسبة والبطلان
لا معه وقد روى حماد عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليهما السلام انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم
لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم وهو محمول على جهالة النسبة كما تقتضيه التعليل فلو علمها صح
لو باعه خمسة دراهم بنصف دينار قيل كان له شق دينار ولا يلزم المشتري صحيح الا ان يريد بذلك نصف
المثقال عرفا القول للشيخ رحمه الله وهو حسن لانه حقيقة فيه لغة الا ان يدل العرف على غيره فيحمل عليه
واولى منه لو صرح بارادة الصحيح وقول المصنف الا ان يريد بذلك نصف المثقال عرفا اي بصفة صحيحا
وان كان اللفظ اعم منه وكذا القول في نصف الدرهم وغيره من الاجزاء وحيث كان الاطلاق منزلا على
الاشاعة الا مع دلالة العرف على خلافه فلو اختلف العرف في احدهما حمل الاطلاق على الشق اذ لا معارض
للغة بسبب عدم انضباط العرف خلافا للتذكرة حيث حكم بالبطلان هنا مع عدم التعيين للجهالة ولو باعه
شيئا آخر بنصف دينار فان حملناه على الشق تخير بين ان يعطيه شق دينارين وبين شيئا كاملا فيهما وبين ان يعطيه دينارا
كاملا وان حمل على الصحيح لم يجب قبول الدينار الكامل ، وتراب الصياغة يباع بالذهب والفضة معا او
بعرض غيرهما ثم يتصدق به لان اربابه لا يتميزون انما وجب بيعه بهما حذرا من الربا لو بيع باحدهما

لجواز زيادة ما فيه من جنس الثمن عنه او مساواته له وعلى هذا لو علم زيادة الثمن عن جنسه صح بيعه باحدهما
خاصة والعرض بفتح العين وسكون الراء غير الدراهم والدنانير من الامتعة والعقار فالوصف لكونه غيرهما
موضح اذ العرض لا يكون الا غيرهما وقوله ثم يتصدق به معللا بان اربابه لا يتميزون محمول على ذلك فلو تميزوا
بان كانوا محصورين رده اليهم ولو كان بعضهم معلوما فلا بد من محاللته ولو بالصلح لان الصدقة بمال
الغير مشروطة باليأس من معرفته وعلى هذا فيجب التخلص من كل غريم يعلمه وذلك يتحقق عند الفراغ من عمل
كل واحد فلو اخر حتى صار مجهولا اثم بالتأخير ولزمه ما ذكر من الحكم ولا يتعين بيعه قبل الصدقة كما يشعر به
ظاهر العبارة بل يتخير بين الصدقة بعينه وبثمنه وانما ذكر البيع لتنبيه على تعين الطريق الى بيعه سواء اراد
الصدقة ام لا ومصرفه مصرف الصدقات الواجبة قبل المندوبة وان كان نوا عياله لا نفسه وان كان
بالوصف مع احتماله ولو ظهر بعد الصدقة بعض المستحقين ولم يرض بالصدقة ضمن حصته مع احتمال
العدم ولو دلت القراين على اعراض مالكه عنه جاز للصانع تملكه كغيره من الاموال المعرض عنها والاصل في ذلك
رواية علي بن ميمون الصايغ ∴ ويلحق به ارباب باقي الحرف كالخياط والحداد والطحان والخباز
اما النخل فلا يجوز بيع ثمرتها قبل ظهورها عاما واحدا وفي جواز بيعها كذلك عامين فصاعدا تردد والمروي الجواز لا خلاف بيع م
في المنع من بيع الثمرة قبل ظهورها عاما واحدا من غير ضميمة والمشهور المنع مع الضميمة ايضا حيث لا يكون الضميمة
هي المقصودة بالبيع لانه غرر اما بيعها اكثر من عام فالمشهور عدم جوازه ايضا بل ادعى عليه ابن ادريس
الاجماع للغرر المنهي عنه ولرواية ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلم قال سئل عن النخل والثمر يبتاعهما الرجل عاما
واحدا قبل ان يثمر قال لا حتى يثمر وتأمن ثمرتها من الآفة فاذا اثمرت فابتعها اربعة اعوام ان شئت
مع ذلك العام او اكثر من ذلك او اقل ومفهوم الشرط يدل على المنع من بيعها قبل ظهور الثمرة وهو حجة عند
المحققين وقريب منها رواية ابي الربيع الشامي عنه عليه السلم لكن في الروايتين الاولى ضعف
والثانية من الحسن واشار المصنف بقوله المروي الجواز الى صحيحة يعقوب بن شعيب قال سألت
ابا عبد الله عليه السلم عن شراء النخل فقال كان ابي يكره شراء النخل قبل ان يطلع ثمرة ولكن السنتين
والثلاث كان يقول ان لم يحمل في هذه السنة حملت في السنة الاخرى وسألته عن الرجل يبتاع النخل
والفاكهة قبل ان يطلع فيشتري سنتين او ثلاث سنين او اربعا فقال لا باس انما يكره شراء سنة
واحدة قبل ان يطلع مخافة الآفة حتى يستبين وعمل بمضمون هذه الرواية الصدوق وظهر من المصنف الميل
اليه وهو قوي ان لم يثبت الاجماع على خلافه لصحة روايته وترجيحها على ما خالفها من الروايات مع امكان

حمل

حمل روايات المنع على الكراهة جمعا والمراد بظهور الثمرة خروجها الى الوجود وان كانت في طلعها وفي حديث
سماعة قال سألته عن بيع الثمرة هل يصح شراؤها قبل ان يخرج طلعها قال لا الا ان يشتري معها غيرها
رطبة او بقلا وان لم يخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة والبقل تنبيه على ان المراد بالظهور
ما يشمل خروجه في الطلع وفيه دليل على جواز بيعه عاما مع الضميمة الا انه مقطوع وحال سماعة مشهور
والمراد بالعام هنا ثمرة العام وان وجدت في شهر واحد او اقل ولا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها عاما الا
ان يضم اليها ما يجوز بيعه او بشرط القطع او عامين فصاعدا مع الضميمة بيعها مع الاصل والحق العلامة
بالثلاثة بيعها على مالك الاصل وبيع الاصل مع استثناء الثمرة وفي الاخير نظر اذ ليس هناك بيع ولا نقل للثمرة
بوجه ودليل الاول غير واضح والتبعية للاصل انما يجري لو بيعا معا ونبه بقوله ما يجوز بيعه على اشتراط
كون الضميمة مما يمكن افراده بالبيع بان يكون متمولا جامعا لباقي شرائط البيع واعلم ان في عبارة المصنف تسامحا
فانه جعل متعلق المنع بيعها عاما واستثنى منه الثلاثة التي منها بيعها عامين فصاعدا وفساده ظاهر
وكان الاولى ترك قوله عاما لتكون المنع ما في غير الثلاثة ومثله قوله لو بيعت عاما من دون الشروط الثلثة
واللازم ترك لفظة عاما هنا ايضا ولو بيعت عاما من دون الشروط الثلاثة قيل لا يصح وقيل
يكره وقيل يراعى السلامة والاول اظهر القول بالمنع للاكثر وبه روايات معارضة بما هو اصح منها
وطريق الجمع حملها على الكراهة وهو القول بمراعاة السلامة اظهر لسلار رحمه الله في ظاهر كلامه والاوسط
اوسط ولو بيعت مع اصولها جاز مطلقا سواء بدا صلاحها او لا وشرط القطع او ضم اليها شيئا ام لا
وهذا في الحقيقة راجع الى الضميمة كما مر وليس في افراده نكتة وبدو الصلاح ان يحمر او يصفر
او يبلغ مبلغا يؤمن عليها العاهة بيعهام حد صلاح ثمرة النخل المجوز لبيعها على القول بالمنع من قبله على الوجه
السابق احد الامرين المذكورين عملا بما دل عليه الروايات فان كثيرا منها دل على الاول وفي رواية
ابي بصير السابقة ما يدل على الثاني واقتصر جماعة من الاصحاب على القول الاول الجمع بينهما والاقوى اعتبار العلامة
الاولى خاصة لما ذكرناه والمرجع في الامن من العاهة على القول بها الى اهل الخبرة ونقل في التذكرة عن بعض
العلماء ان حده طلوع الثريا محتجا عليه برواية عن النبي صلى الله عليه وآله ولم يثبت النقل
واذا ادرك بعض ثمرة البستان جاز بيع ثمرته اجمع ولو ادرك ثمرة بستان لم يجز بيع البستان الآخر ولو ضم
اليه وفيه تردد اما الاولى فموضع وفاق ولان بيع ما لم يدرك مع الضميمة جائز كما مر وما ادرك
ضميمة لما لم يدرك واما الثانية فالاقوى انها كذلك لتحقق الضميمة المسوغة للبيع ويؤيده

رواية اسمعيل بن الفضل عن الصادق عليه السلم ووجهه ان لكل بستان حكم نفسه لتعدده ورواية عمار عنه عليه السلم
الدالة على اعتبار ادراك كل نوع من الانواع المتفرقة وهو قول الشيخ وضعف مستنده واضح هذا كله على القول بالمنع
من بيع ما لم يبد صلاحه وعلى ما اخترناه لا اشكال وحده ان ينعقد الحب ولا يشترط زيادة على الانعقاد
عن بالزيادة المنفية قول الشيخ في النهاية وجماعة ان حده مع انعقاد الحب تناثر الورد وقوله في المبسوط انه
التلون فيما يتلون وصفاء اللون فيما لا يتلون وان يتموه وهو ان يتموه فيه الماء الحلو والحلاوة وطيب الاكل في مثل التفاح
والنضج في مثل البطيخ وفيما لا يتلون ولا يتغير طعمه بل يوكل صغيرا وكبيرا كالقثا والخيار وتناهي عظم بعضه وهذا البحث
ذا فائدة عند من يمنع البيع قبل بدو الصلاح وعلى ما اختاره المصنف من تفسيره يتحد وقت الظهور المجوز للبيع عندنا وبدو
الصلاح المجوز عند الباقين اذ ليس بينهما واسطة وانما يظهر على القول المشهور وعلى تقدير اعتباره فما اختاره المصنف اجود ومستند
القول الاخير اخبار لا تبلغ حد الصحة وهل يجوز بيعها سنتين فصاعدا قبل ظهورها قيل نعم والاولى المنع وهنا الخلاف
والمختار ما مر في النخل ويظهر من فتوى المصنف في الموضعين الميل الى الجواز لانه جعله في الاول امرويا ولم ينبه على خلافه وفي
الثاني جعل الاولى المنع وهو لا يبلغ حد المنع وقد تقدم ما يدل عليه وكذا الوضم اليها شيئا قبل انعقادها يمكن كون
المشبه به الحكم بالاولوية المنع فيكون ميلا الى الجواز لكن لم يذكره فيما سبق ويمكن ان يريد به اصل الخلاف وان لم
يتعرض للفتوى والاولى اولى وكيف كان فالاجود المنع وموضعه ما لو كانت الضميمة غير مقصودة بالبيع
بحيث يكون تابعة وهو مقصود ان اما لو كانت الضميمة مقصودة والثمرة تابعة صح كما مر ويجوز بعد
انعقادها لقطة واحدة ولقطات بمعنى اشتراط الانعقاد وكون جميع اللقطات موجودة حالة البيع والاقوى
الاكتفاء بوجود الاولى ويكون الباقية بمنزلة المنضم فلو باع الثانية خاصة او ما بعدها مما لم يوجد لم يصح للجهالة
ويرجع في تعيين اللقطة وما يصلح للقطع الى العرف وكذا القول في الخرطة والجزة كالرطبة هي بفتح الراء
وسكون الطاء القضبة وهي ايضا القضب وانما يجوز بيعه اذا ظهر ورقه لانه المقصود بالبيع فلو لم يكن موجودة
كان المبيع مجهولا والتوت هو بالتائين المثناتين من فوق قال في الصحاح ولا تقل التوث بالثاء
المثلثة والمراد بالخرطة اخذ الورق وترك الاغصان يقال خرطت الورق اخرطه وهو ان يقبض على اعلاه
ثم يمر يدك عليه الى اسفله وفي المثل دونه خرط القتاد وهو شجر له شوك لا يتيسر خرطه كذلك
ولو باع الاصول بعد انعقاد الثمرة لم تدخل في البيع اما قبله فيدخل وان كان ورد اخلافا للشيخ
ووجب على المشتري ابقاؤها الى اوان بلوغها ويرجع في ذلك الى المتعارف في ذلك من اخذ ثمره بسرا او رطبا
او تمرا او عنبا او زبيبا او دبسا او غير ذلك ولو اضطرب العرف فالاغلب ومع التساوي يجب التعيين فان اطلق

الخضراوات

احتمل البطلان

احتمل البطلان والتنزيل على اقل المراتب لانه المتيقن وعلى اعلاها صيانة لمال البائع وليس هذا الابقاء كالاجل حتى يتطرق
اليه احتمال الفساد للجهل بقدره بل هو حكم شرعي يترتب على عقد البيع وثبوته في معتضات المعاوضة مرجع في تقديره الى
العرف حيث لا مقدر له شرعا وكذا القول لو استثنى البائع الثمرة حيث يدخل ويجوز لكل منهما الرد الى ملكه وسقيه ما لم يتضرر
الاخر فيمنع الا مع تعارض الضررين فيرجح مصلحة المشتري لان رجحه على البائع حيث قدم البيع المقتضي لوجوب الابقاء والسقي
يجوز ان يستثني ثمرة شجرات او نخلات بعينها وان يستثني حصة مشاعة او ارطالا معلومة
ذكر النخلات بعد الشجرات من باب عطف الاخص على الاعم ولقد كان ذكر الشجرات مغنيا عنها وكذا يجوز استثناء
جزء معين من الشجرة كقطعة بعينها منها وجواز استثناء ذلك كله موضع وفاق الا الارطال المعلومة فقد منعه
ابو الصلاح للجهل بقدر المبيع حيث لا يعرف محله والاصحاب على خلافه ولو خاست الثمرة سقط من الثنيا
بحسابه هذا في الحصة المشاعة والارطال دون الشجرات لامتياز المبيع عنها وطريق توزيع النقص على الحصة
المشاعة ظاهر واما في الارطال المعلومة فيعتبر الجملة بالخرص والتخمين فاذا قيل ذهب ثلث الثمرة او نصفها
سقط من الثنيا بتلك النسبة وكذا لو اتلفه البايع يكون اتلافه فسخا للبيع كما لو تلف بآفة نظرا الى صدق
التلف وان الواقع منه كذلك من مال البايع بمعنى انفساخ العقد به والا فيتخير المشتري بين الفسخ والزام البايع
بالمثل واما الفسخ فلان المبيع مضمون على البايع قبل القبض واما الزامه بالعوض فلانه اتلف ماله لان المبيع قد انتقل
الى المشتري وان كان مضمونا على البايع كما لو اتلفه الاجنبي تمسكا باصالة بقاء العقد فصار اتلافه الانفساخ على
موضع الوفاق وهذا اذا لم يكن للبايع خيار والا كان اتلافه فسخا فان كل ما يعد اجازة من المشتري يكون فسخا
من البايع ولو كان بعد القبض وهو التخلية لم يرجع على البايع بشيء وهو الاشبه نبه بالاشبه
على خلاف بعض الاصحاب حيث ذهب الى ان الثمرة على الشجرة مضمونة على البايع ان اقتضاها التخلية
نظرا الى ان بيعها بعد بدو صلاحها بغير كيل ولا وزن على خلاف الاصل لان شانها بعده التسليم والاعتبار
بالوزن او الكيل بالقوة القريبة من الفعل وانما اخر بعدها كذلك للضرورة فراعى فيها السلامة ورجح المصنف الاشبه
معللا بقوله لم يرجع ويحتمل كونه مبنيا على ما اختاره من كيفية القبض وهو التخلية فقد تقدم فيها خلاف
ومختار المصنف انه التخلية مطلقا كما مر والقول الاخر انه الكيل والوزن فيما كان يكال او يوزن وهذه الثمرة بعد بدو
صلاحها قد صارت صالحة للاعتبار بهما كما قلناه والخلاف في هذه المسألة بخصوصها غير موجود في عبارة
المتاخرين ولا في كتب الخلاف فلذلك اشكل المراد منه هنا وانما يكون التلف بعد التخلية من المشتري
اذا لم يكن الخيار مختصا به والا فمن البايع ولو اتلفه المشتري في يد البايع استقر العقد وكان

الاتلاف كالقبض اتلاف المشترى للمبيع فى يد البايع اعم من كونه باذن البايع وعدمه فان كان باذنه فهو قبض
ترتب عليه احكام القبض مطلقا وان كان بغير اذنه كما هو الظاهر فهو قبض من حيث انتقال الضمان الى المشترى
وان تخلف عنه باقى الاحكام والغرض هنا هو انتقال الضمان وانما شبه الاتلاف بالقبض ولم يجعله قبضا
لان الاتلاف قد يكون بمباشرة المتلف فيكون قبضا حقيقة وقد يكون بالتسبب فيكون فى حكم القبض
خاصة وكذا لو اشترى جارية فاعتقها قبل القبض اى يكون العتق قبضا ويقع صحيحا لان الملك
حاصل قبله والعتق بمنزلة الاتلاف ولا يجوز بيع ثمرة النخل بتمر منها وهى المزابنة وقيل بل هى بيع النخل بتمر
ولو كان على الارض وهو اظهر المزابنة مفاعلة من الزبن وهو الدفع ومنه الزبانية لانهم يدفعون الناس
الى النار سميت بذلك لانها مبنية على التخمين والغبن فيها ممكن وكل منهما يريد دفعه عن نفسه الى الآخر مستندا فعال
وتحريمها فى الجملة اجماعى منصوص عن النبى والائمة عليه وعليهم الصلوة والسلام وانما الخلاف فى معناها واصح
القولين الثانى وهى انها بيع ثمرة النخل الموجود بتمر ولو من غيرها لصحيحة عبد الرحمن بن ابى عبد الله عليه السلام
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزابنة قلت وما هو قال ان يشترى حمل
النخل بالتمر والزرع بالحنطة وعلل مع ذلك بانهما ربويان فيطرق احتمال الزيادة الى كل واحد والمساواة
المجهولة تادية وعلى تقدير اتفاقها تشترط الصحة العلم بالتساوى وفيه منع كون الثمرة على الشجرة
ربوية وان كانت من جنسه لانها ليست مكيلة ولا موزونة وانما تباع جزافا وهل يجوز ذلك
فى غير ثمرة النخلة من شجر الفواكه قيل لا لانه نوع من الربا ما ورد من تعريف المزابنة فى الاخبار وكلام
الفقهاء بما ذكرها هنا وغيره يقتضى اختصاص الحكم بالنخل وبقى غيره على اصل الجواز وتعليل التعدى
بالربا عرفت انه غير تام لان الثمرة على الشجرة ليست ربوية نعم يمكن تعليله بالعلة المنصوصة فى
المنع من بيع الرطب بالتمر وهى نقصانه عند الجفاف فانها قائمة هنا وقد تقدم ترجيح التعدية
فيثبت الحكم هنا وهو الاقوى ويمكن استفادة التعليل بالربوا منها ايضا فانه جعل علة المنع النقصان
عند الجفاف فيؤدى الى زيادة الثمن على المثمن المؤدى الى الربا اذ لا يقتضى الاختلاف فى غير الربوى ويؤيده
كونه من جنس الربوى وان لم يكن الآن عينه الا انه يقتضى فى اختصاص الحكم بالمكيل والموزون حتى
دخل فى تعريف الربوى منع الا ان يريد به ما يعم القوة والفعل ومعه يتعض من وجه آخر
وكذا لا يجوز بيع السنبل بحب منه اجماعا وهى المحاقلة وقيل هى بيع السنبل بحب من جنسه
كيف كان ولو كان موضوعا على الارض وهو الاظهر المحاقلة مفاعلة من الحقل وهى الساحة التى

تزرع سميت بذلك لتعلقها بزرع فى حقل واطلق اسم الحقل على الزرع مجازا من اطلاق اسم المحل على الحال او المجاورة
فكانه باع حقلا بحقل وتحريمها فى الجملة اجماعى منصوص وقد مر ما يدل عليه فى صحيحة عبد الرحمن والقول الثانى اقوى
وقد اختلفت عبارة النصوص والفقهاء فى اسم المبيع فبعضهم عبر عنه بالزرع ومنه الرواية السابقة ومنهم
من عبر عنه بالسنبل كعبارة المص ويظهر من كلامهم الاتفاق على ان المراد به السنبل وان عبروا بالاعم قال فى التذكرة
لو باع الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا باس لانه حشيش وهو غير مطعوم ولا مكيل سواء تبايعا جنسا او اختلفا
ولا يشترط التقابض فى الحال ثم السنبل لا يختص بالحنطة بل يعم الشعير والدخن والارز وغيرها ومقتضى التعريف
دخولها فى المحاقلة وفى التذكرة ان اكثر تفاسير المحاقلة انها بيع الحنطة السنبل اما منها او من غيرها فيختص بالحنطة
ويدخل فيه الشعير ان جعلناه من جنس الحنطة وعللنا المنع بالربوا والا فلا وفى بعض الفاظ علمائنا هى بيع
الزرع بالحب من جنسه فيكون بالربوا كما يظهر من المصنف وجماعة لحق والا فلا يجوز بيع العرايا
بخرصها تمرا والعرية هى النخلة تكون فى دار الانسان قال اهل اللغة او بستانه وهو حسن العرايا جمع عرية
والعرية ما ذكره المص متفقا عليه ومنقولا عن اهل العلم اجمع الا ابا حنيفة وقد صح عن النبى صلى الله عليه وآله
الاذن فيها وجملة ما يشترط فى بيعها امور الاول الوحدة فلا يجوز فى دار او بستان ازيد من
واحدة ولو كان لمالك واحد اثنتان لم يجز بيع ثمرتها ولا ثمرة احديها الا سقفا العرية فيها نعم لو تعدد البستان
او الدار جاز تعددها من الواحد الثانى كون الثمن من غيرها لئلا يتحد الثمن والمثمن على اصح القولين
الثالث كونها حالا الرابع عدم المفاضلة حين العقد واما كونه معلوم القدر
مشاهدا او موصوفا فالامر فيه كغيرها والرخصة مقصورة على النخلة فلا يتعدى الى غيرها من الشجر اقتصارا
بالرخصة على موردها وقد اشار المص الى الشرط الاول بقوله ولا يجوز بيع ما زاد على الواحدة والى الثانى بقوله
الاظهر لا والى الثالث ولا يشترط آه وفى قوله ولا يجب ان يماثل آه اشارة الى الرابع وقول المص يكون فى دار
الانسان او بستانه يشمل بالكون فيه ذلك مستاجره ومشترى الثمرة والمستعير على الاقوى لصدق الاضافة فى ذلك
كله ولا تشترك الجمع فى العلة وهى مشقة دخول الغير عليهم وهل يجوز بيعها بخرصها من ثمرها الاظهر لا
وجه الجواز اطلاق الاذن فى النصوص بيعها بخرصها تمرا وهو يتناول موضع النزاع ولوجود المعنى وهو
الرخصة والاقوى المنع لوجوب مغايرة الثمن للمثمن وهو المعروف فى المذهب ولا يشترط فى بيعها بالتمر
التقابض قبل التصرف بل يشترط التعجيل نبه بذلك على خلاف الشيخ رحمه الله حيث اشترط التقابض قبله
تخلصا من الربوا والاقوى العدم للاصل ولا يجب ان يماثل فى الخرص ثمرتها عند الجفاف وثمنها عملا

بظاهر الخبر اي لا يجب مطابقة ثمرتها جافة لثمنها بل المعتبر في الجواز بيعها بما يقتضيه ظن الخارص لها تمرا
بتقديره بمعنى انها الآن تقدر رطبا او بسرا او نحوهما لم يبلغ تمرا اذا جفت فباع ثمرها بهذا المقدار تمرا ثم لا يجب
مطابقة هذا التقدير للثمن عند الجفاف فلو زادت عند الجفاف عما خرصها به او نقصت لم يكن ذلك قادحا في
الصحة عملا باطلاق النص وقيل يعتبر المطابقة فلو اختلفا تبين بطلان البيع وهو ضعيف بل لا
يجب جعل ثمرتها تمرا ولا اعتباره بعد ذلك بوجه لاصالة عدم الاشتراط هذا هو المشهور من معنى عدم
وجوب المماثلة بين ثمرتها وثمنها وفي التذكرة ان المعتبر المماثلة بين ما عليها رطبا وبين الثمن تمرا فيكون
بيع رطب بتمر متساويا وجعل هذا مستثنى من بيع الرطب بالتمر متساويا ولم نجد هذا المعنى للمص في غير
هذا الكتاب ولا لغيره صريحا والا كان اكثر عبارات العلامة لا تنافيه والمختار الاول
ولا عرية في غير النخل هذا موضع وفاق وانما تظهر الفائدة لو منعنا من بيع ثمرها في الشجر بجنسها جافا
كما هو المختار واما على ما ذهب اليه المص من الجواز فمعنى نفي العرية انه لا خصوصية لها حتى يتقيد بقيودها
ولا يجوز بيع الثمرة اذا اتحد الشجر او تعدد وفي الدار او غيرها بجنس ثمرها تماثلا لو قال بعتك هذه الصبرة الى قوله
والاشبه انه لا يصح على تقدير الجهالة وقت الابتياع ما اختاره المص هو الاقوى ولا خصوصية في هذه
المسئلة بهذا الباب وانما محلها شرائط المبيع في اول الكتاب والمخالف في ذلك الشيخ وابن الجنيد الا ان الشيخ
شرط في الصحة التطابق عند الاعتبار مع تساوي الجنس وعدم المانع مع اختلافه وان بذل صاحب الزيادة
او سلمه صاحب النقيصة يجوز بيع الزرع قصيلا فان لم يقطعه فللبائع قطعه وله تركه والمطالبة
باجرة مثله اذا شرط قطعه قصيلا وعين للقطع مدة تعين قطعه فيها وان اطلق قطع في اول اوقات
قطعه عادة فان اخره مثلا او ان قطعه وجب الصبر اليه مجانا كما لو باع الثمرة وانما يجوز للبائع قطعه
باذن المشتري ان امكن والا رفع امره الى الحاكم فان تعذر جاز له حينئذ مباشرة القطع على كره دفعا
للضرر وله المطالبة باجرة الارض عن الزيادة التي باخره القطع عن وقته سواء طالب بالقطع ام لا
وسواء رضي ببقائه ام لا وكذا له ارش الارض ان نقصت بسببه اذا كان التاخير بغير رضاه
ولذا لو اشترى ارضا بشرط القطع وكذا غيره من الشجر ولا فرق في ذلك بين ان يكون للمقطوع قيمة كالحصرم
واللوز او لا كالجوز والكمثرى وبعض انواع النخل ويجوز ان يبيع ما ابتاعه من الثمرة بزيادة عما ابتاعه
او نقصان قبل قبضه وبعده هذه المسئلة محل وفاق وهي منصوصة في صحيحة الحلبي ومحمد بن مسلم عن
الصادق عليه السلم ونبه به على ان الثمرة ليست مكيلة ولا موزونة فلا يحرم بيعها قبل القبض
لو قلنا بتحريمه ثمة فيما يعتبر باحدهما اذا كان بين اثنين نخل او شجر فتقبل احدهما بحصة صاحبه
بشيء

بشيء معلوم كان جائزا هذه القبالة معاوضة مخصوصة مستثناة من المزابنة والمحاقلة معا والاصل
فيها ما رواه يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلم قال سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول احدهما
لصاحبه اختر اما ان تاخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلا مسمى وتعطيني نصف هذا الكيل زاد او نقص واما ان آخذ
انا بذلك وارد عليك قال لا باس بذلك وكذلك روي ان النبي صلى الله عليه وآله قبل اهل خيبر
نخلهم وضربهم كذلك وظاهر الاصحاب ان الصيغة بلفظ القبالة وان لها حكما خاصا زائدا على
البيع والصلح لكون الثمن والمثمن واحدا وعدم ثبوت الربا لو زاد او نقص ووقوعه بلفظ التقبيل
وهو خارج عن صيغتي العقدين وفي الدروس انه نوع من الصلح ولا دليل عليه كما لا دليل على ايقاعه بلفظ
التقبيل او اختصاصه به وانما المعلوم من الرواية انه معاملة على الثمرة وانه لازم بحيث يملك
المتقبل الزائد ويلزم ذلك ان يكون مضمونا في يده ولعموم على اليد ما اخذت ولانه لم يدفعه مجانا بل بعوض
ولو قلنا ان المقبوض بالسوم مضمون فهو اولى وفي الدروس ان قراره مشروط بالسلامة حتى لو هلكت
الثمرة باجمعها فلا شيء على المتقبل ودليله غير واضح وربما وجه بان العوض اذا كان من المعوض ورضي به
المتقبل بعد رضى يكون حقه في العين لا في الذمة فاذا تلفت بغير تفريط احتاج ثبوت بدله في الذمة
الى دليل وفيه نظر نعم لو كان النقص بغير آفة بل بالعصيان الخرص فلا نقصان كما انه مع الزيادة يملك الزائد
ولو كان العوض غير مشروط منها ويتردد في التذكرة في سقوط شيء من المال لو تلفت الثمرة بآفة سماوية
ولكن له تردد في لزوم العقد وفي لزوم النافاصله على تقديره وفي جواز العقد بلفظ البيع وموجب
هذا الاشتباه ان النصوص الدالة على القبالة لا تعرض لها الى هذه الاحكام وانما مدلولها اصل الجواز واثبات
هذه الاحكام بمجرد الاحتمال لا يخلو من مجازفة وان دار الرد على اصل الحكم بان هذا التقبيل ان كان
بيعا لم يصح لكونه مزابنة وان كان صلحا لم يصح كون العوض مشروطا من نفس الثمرة للغرر ... للنص
وصح فاذا تلف منه شيء يلزم تلف بعض العوض المشروط فاذن لم يجب العوض فاحسب ايضا بالزام
انه ليس بصلح ولا بيع بل هو معاملة خاصة ورد بها النص فلا يسمع ما يرد على طرفي الاحتمال لخروجها
عنهما والمص رحمه الله استقر في هذا الكتاب على اصل الجواز وفي النافع على الصحة نظرا الى ان النص لا يستفاد
منه ازيد من ذلك وهذا هو الاولى اذا مر الانسان على شيء من النخل او شجر الفواكه او الزرع
اتفاقا جاز ان ياكل من غير افساد ولا يجوز ان ياخذ معه شيئا الاصل في هذه المسئلة ما رواه ابن ابي عمير
في الصحيح عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلم قال سألته عن الرجل يمر بالنخل والسنبل والثمرة فيجوز

ان ياكل منها من غير اذن صاحبها من ضرورة او غير ضرورة قال لا باس وروى محمد بن مروان قال قلت لابي
عبد الله عليه السلام امرّ بالثمرة فآكل منها قال كل ولا تحمل قلت جعلت فداك ان التجار قد اشتروها
ونقدوا اموالهم قال اشتروا ما ليس لهم وبذلك عمل اكثر الاصحاب ونقل في الخلاف فيه الاجماع
ولكن قد ورد ما يخالف ذلك وهو صحيحة الحسن بن يقطين قال سالت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يمرّ
بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والمباطخ وغير ذلك من الثمر أيحل له ان يتناول منها شيئا ويأكل بغير اذن صاحبه
وكيف حاله ان نهاه صاحبه وامر القيم وكم الحد الذي يسعه ان يتناول منه قال لا يحل له ان يأخذ
شيئا وبها اخذ جماعة من المتاخرين والمرتضى في المسائل الصيداوية لاعتضادها بالقرآن الكريم المتضمن
للنهي عن اكل المال بغير تراض وبقبح التصرف في مال الغير باشتمالها على الحظر وهو متقدم على ما تضمن الاباحة
عند التعارض لان دفع الضرر اولى من جلب النفع وحمل العلامة الاخبار السابقة وما شاكلها على ما اذا
علم بشاهد الحال الاباحة وهو بعيد والشيخ رحمه الله قطع بالجواز من غير نقل خلاف لندور المخالف
قيل بل زمانه حتى ان ابن ادريس مع اطراحه لاخبار الآحاد راسا حكم بالاباحة اما استنادا الى الاجماع او
الى تواتر الاخبار ونظرا الى طريقته في الاستدلال وقد شرط المصنف للجواز بل له شروطا احدها ان يكون المرور
اتفاقا فلو قصدها ابتداء لم يصح استمرارا في الرخصة المخالفة للاصل على موضع اليقين ودلالة ظواهر
النصوص على ذلك والمراد بالمرور بها ان يكون الطريق قريبة منها بحيث لا يستلزم قصدها البعد الخارج
عن المعتاد بحيث يصدق عرفا انه قد مرّ بها لا ان طريقه على نفس الشجرة او ملاصقة لحائط البستان وثانيها
ان لا يفسد والمراد ان لا ياكل منها شيئا كثيرا بحيث يؤثر فيها اثرا بيّنا ويصدق معه الافساد عرفا ويختلف
ذلك بحسب كثرة الثمرة وقلتها وكثرة المارة وقلتهم او يهدم حائطا او يكسر غصنا يتوقف الاكل عليه لان
وقع ذلك خطا فانه لا يحرم الاكل وان ضمنه مع احتماله ومستند الشرط رواية عبد الله بن سنان عن الصادق
عليه السلام لا باس ان يمرّ على الثمرة وياكل منها ولا يفسد وثالثها ان لا يحمل معه شيئا بل ياكل في موضعه
ويدل على هذا الشرط خبر محمد بن مروان السابق ونص صريحا وصحيحة ابن يقطين جملا وزاد بعضهم رابعا
وهو عدم علم الكراهة وخامسا وهو عدم ظنها وسادسا وهو كون الثمرة على الشجرة فلو كانت محرزة
ولو في حرم ولا باس به يجوز استرقاق المحارب الخ المراد بالمحارب الكافر الاصلي
من غير فرق المسلمين الذي لم يلتزم بشرائط الذمة والملتزم عليه ووصف الحرب يشعر بوجه عن طاعة
الله ورسوله وثبوته على الكفر وان لم يقع منه الحرب بمعنى القتال والى هذا المعنى اشار بقوله تعالى الذين

يحاربون الله

يحاربون الله الآية ويملك اللقيط من دار الحرب اذا لم يكن فيها مسلم يمكن انتسابه اليه ولو كان اسيرا
والاحكم بحريته لاطلاق الحكم بحرية اللقيط في النصوص خرج منه ما علم انتفاؤه عن المسلم فيبقى الباقي
ولو بلغ فاقرّ بالرق قيل لا يقبل وقيل يقبل وهو اشبه اي اقرّ من حكم بحريته ظاهرا
لكونه ملقوطا من دار الاسلام مطلقا او من دار الكفر اذا امكن انتسابه الى المسلم ففي قبول اقراره قولان
احدهما العدم لسبق الحكم بحريته شرعا فلا يعقبها الرق والاخر وهو الاقوى القبول لامكانه ولقوله صلى الله
عليه وآله اقرار العقلاء على انفسهم جائز ولا يخفى ان ذلك في غير معروف النسب والا لم يقبل قطعا وكذا القول
في كل من اقرّ على نفسه بالرقية مع بلوغه وجهل نسبه سواء كان مسلما او كافرا وسواء كان المقرّ له
مسلما ام كافرا وان بيع عليه قهرا وهل يعتبر مع ذلك رشده نظر من المصنف عدمه لعدم اشتراطه واختلف
كلام غيره فمنهم من اشترطه ومنهم من لم يشترطه من غير تعرض لعدمه وفي التذكرة في هذا الباب اشترطه
وفي باب اللقطة اكتفى بالبلوغ والعقل ووجه اشتراطه واضح لان غير الرشيد لا يعتبر قوله في المال
وهو نفسه مال ووجه العدم ان اقراره بالرقية ليس اقرارا بنفس المال وان ترتب عليه كما يسمع اقراره
بما يوجب القصاص وان امكن رجوعه الى المال بوجه ويشكل فيما لو كان بيده مال فان اقراره على نفسه
بالرقية يقتضي كون المال للمقر له الا ان يقال يثبت تبعا لثبوت الرقية لا لانه اقرار بالمال والاقوى اعتبار
الرشد ويصح ان يملك الرجل كل احد عدا احد عشر الخ اي ملكا مستقرا والا فملك من استثناه صحيح
ابتداء لانه يعتق عليه بالشراء فلا يستقر ملكه عليه وهل يملك هؤلاء من الرضاع قيل نعم
وقيل لا وهو الاشبه اي ملكا مستقرا كما مرّ والقول بالعدم هو الاقوى لصحيحة ابن سنان عن الصادق
عليه السلام معللا فيها بقوله صلى الله عليه وآله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وبقوله صلى الله عليه وآله
الرضاع لحمة كلحمة النسب وفي الرضاع تردد والمنع اشبه الخلاف فيه والفتوى كما سبق
واذا ملك احد الزوجين صاحبه استقر الملك ولم يستقر الزوجية هذا موضع وفاق
ولمنافاة الملك العقد لان المالك ان كان هو الزوج حرم عليها وطئ مملوكها وان كان الزوج استباحها
بالملك ولان التفصيل يقطع الشركة وعلل مع ذلك بان بقاءه يستلزم اجتماع علتين على معلول شخصي
وهو ضعيف لان علل الشرع معرفة وبان اختلاف الاسباب يقتضي اختلاف المسببات
ويندفع بجواز ذلك في اسباب الشرع ولعدم تمامه في جانب الزوجة وملك البعض كملك الكل للمنافاة
واستحالة تبعض البضع وقطع الشركة بالتفصيل ولو اسلم الكافر في ملك مثله اجبر على بيعه من مسلم

ولمولاه ثمنه لانتفاء السبيل للكافر على المسلم وفي حكم اسلام العبد اسلام احد ابويه صغيرا او احد اجداده
على الاقوى لثبوت حكم الاسلام له فينتفي سبيل الكافر عليه ولا يلتفت الى رجوعه لاشتماله على تكذيب
اقراره ورفع ما ثبت عليه حتى لو اقام بينة لم تسمع لانه بافراره اولا

كان قال انى تولدت بعد اعتاق احد الابوين وما كنت اعلم بذلك حين اقررت فانه يسمع قوله

كذا قطع في التذكرة ويشكل ذلك فيما لو ذكر لانكاره تاويلا محتملا ويساوي له نظائر واولى ما لو افترق
بالرقية لمعين فانكر المقر له ويساوي مثله في الاقرار كما اذا اقر لاحد بمال فانكر المقر له فادعاه المقر حين
انكاره على هذا ينبغي سماع بينته بطريق اولى وكذا لو اشترى عبدا فادعى الحرية لكن هذا يقبل
دعواه مع البينة اي اشترى عبدا ثابت العبودية بان وجده يباع في الاسواق فان ظاهر اليد والتصرف
يقتضي الملك ولصحيحة حمزة عن الصادق عليه السلم ومثله الجارية بل هي مورد النص فكان التعميم اولى
اما لو وجده في يده وادعى رقيته ولم يعلم شراءه ولا بيعه فان كان كبيرا وصدقه فكذلك وان كذبه لم يقبل
دعواه الا بالبينة عملا باصالة الحرية وان سكت وكان صغيرا فوجهان واستقرب في التذكرة العمل باصالة
الحرية وفي التحرير بظاهر اليد وهو اجود اذا احدث في الحيوان عيبا بعد العقد وقبل القبض

احكام الابتياع

كان المشتري بالخيار بين رده وامساكه وفي الارش تردد قد تقدمت هذه المسئلة في مطلق المبيع وتقدم
ان الاقوى ثبوت الارش وهل يلزم البايع ارشه فيه تردد والظاهر لا قد تقدم الكلام في هذه
المسئلة ايضا وان الاجود ثبوت الارش ولو حدث العيب بعد الثلثة منع الرد بالعيب السابق
ولا يمنع الارش واذا باع الحامل فالولد للبايع على الاظهر الا ان يشرطه المشتري هذا هو المشهور
وعليه الفتوى وخالف فيه الشيخ وتبعه جماعة محتجا بانه جزء من الحامل فيدخل ولا يصح استثناؤه
كما ياتي حتى حكم بفساد البيع لو استثناه البايع كما لو استثنى جزءا معينا وحيث يشرطه المشتري
يدخل وان كان مجهولا لانه تابع للمعلوم ولا فرق حينئذ بين ان يقول البايع بعتكها وحملها او وشرطت
لك حملها ونحوه ولو لم يكن الحمل معلوما واراد ادخاله فالعبارة التامة لا غير وان لم يشترط وكان متحقق
الوجود عند البيع فهو للبايع وان احتمل الامرين بان ولدته في وقت يحتمل كونه عند البيع كان موجودا
وعدمه فهو للمشتري لاصالة عدم وجوده سابقا فلو اختلفا في وقت البيع كذلك قدم قول البايع
مع اليمين وعدم البينة وليس بيض البايض كالحمل بل هو للمشتري مطلقا لانه تابع كساير اجزائه
وطريق ذلك ان تقوم الامة حاملا وحايلا ويرجع بنسبة التفاوت بل تقوم حاملا
ومجهضا لانه المطابق للواقع بخلاف الحايل ويحصل التفاوت بينهما اذ الاجهاض في الامة عيب

ربما انقص

ربما انقص القيمة ولو باع واستثنى الجلد والراس صح ويكون شريكا بنسبة قيمة ثنياه على رواية السكوني
ان لم يكن من المذبوح وما يراد ذبحه وغيره وهو احد الاقوال في المسئلة لاطلاق الرواية الا ان المستند
ضعيف والجهالة متحققه والشركة الشايعة غير مقصوده فالقول بالبطلان متجه الا ان يكون مذبوحا او يراد
ذبحه فيقوى صحة الشرط وكذا القول فيما لو اشترك فيه جماعة وشرط احدهما ذلك ولو قال اشتر
حيوانا بشركتي صح وثبت المبيع لهما الى قوله ولو اذن احدهما لصاحبه ان ينقد عنه صح لا شبهة في صحة
الانقاد انما الكلام في رجوعه عليه والحق انه يرجع عليه بمجرد الاذن فيه وان كان ذلك اعم منه لكن لا لزم
القرائن عليه في عدم حصول ما يقتضي التبرع وكانه اكتفى بما اتى من الحكم بالرجوع بعد التلف وتحصل الاذن
صريحا كقوله ادفع عني الثمن ونحوه بان وكله في شرائه من مكان بعيد لا يسلم فيه البايع بدون قبض الثمن عادة
ونحو ذلك ولو قال له الربح لنا ولا خسران عليك فيه تردد والمروي الجواز وجه التردد من الرواية
الدالة على الجواز وعموم المومنون عند شروطهم ولكونه مخالفا لمقتضى الشركة بل مقتضى المذهب وان الربح
والخسران تابعان لراس المال وهو الاقوى والرواية مع كونها واردة في مبيع خاص يمكن تاويلها بما يوافق
الاصل ويجوز النظر الى وجه المملوكة ومحاسنها اذا اراد شراءها المراد بمحاسنها مواضع الحسن
والزينة كالكفين والرجلين والشعر ولا يشترط في ذلك اذن المولى ولا يجوز الزيادة على ذلك الا باذنه
فيكون تحليلا يتبع منه ما دل عليه اللفظ حتى العورة وكذا يجوز له مس ما يجوز له النظر اليه مع الحاجة
ويجوز في التذكرة النظر الى ما عدا العورة بدون الاذن للمشتري ويستحب لمن اشترى مملوكا ان
يغير اسمه وان يطعمه شيئا من الحلاوة وان يتصدق عنه بشيء للنص في ذلك كله وقدرت الصدقة فيه
باربعة دراهم ويكره وطي من ولدت من الزنا بالملك والعقد على الاظهر هذا هو الاجود

في اللواحق

حملا للنهي على الكراهة وعلل بان ولد الزنا لا يفلح وبالعار وحرمه ابن ادريس بناء على ان ولد الزنا
كافر وان وطي الكافرة محرم والمقدمتان ممنوعتان وان يري المملوك ثمنه في الميزان علل بالنص
بانه اذا رآه لا يفلح وظاهر النص ان الكراهة معلقة على رويته فيه فلا يكره في غيره وربما قيل بانه جرى
على المتعارف من وضع الثمن فيه فلو رآه في غيره كره ايضا وفيه نظر العبد لا يملك ولو قيل يملك مطلقا
لكنه محجور عليه بالرق كان حسنا القول بالملك في الجملة للاكثر ومستنده الاخبار وذهب جماعة الى عدم ملكه
مطلقا واستدلوا عليها بادلة كلها مدخولة والمسئلة موضع اشكال ولعل القول بعدم الملك مطلقا متوجه ويمكن

حمل الاخبار على اباحة تصرفه فيما ذكر لا بمعنى ملك رقبة المملوك فيكون وجها للجميع   وقوله من اشترى عبدا
له مال كان ماله لمولاه الا ان يشترطه المشتري وقيل وان لم يعلم به البايع فهو له وان علم فهو للمشتري والاول اشهر
ما اختاره المص واضح بناء على انه لا يملك شيئا فاذا باعه لم يدخل ماله الا مع الشرط لان الجميع مال المولى في الحقيقة
وانما نسب اليه بسبب الملابسة ويؤيده ايضا صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلم المال للبايع انما باع
نفسه الا ان يكون شرط عليه ان ما كان له من مال او متاع فهو له والقول بالتفصيل بالعلم وعدمه لابن البراج
محتجا عليه بحسنة زرارة عن ابي عبد الله عليه السلم وضعف بان الملك لا ينتقل الى المشتري بمجرد العلم من دون
صيغة تدل عليه ويمكن حمل الرواية على اشتراط البايع للمشتري ذلك وبقي في المسئلة امور الاول
ان هذه المسئلة ذكرها من قال بملك العبد ومن احاله ونسبة المال الى العبد على الاول واضح وعلى الثاني يراد
به ما سلطه عليه المولى واباحه له ونسبته اليه من كسوة وفراش وغيرهما فان الاضافة تصدق بادنى ملابسة
الثاني ان الخلاف في دخول المال المذكور على القول بانه لا يملك متجه مرضه لانه ملك للبايع
فيمكن دخوله في المبيع ونقله له واذا حكم بكونه له يكون استصحابا للملك السابق اما اذا قلنا بملكية العبد
مشكل الحكم بكونه للبايع بمجرد البيع او للمشتري فان ملك مالك لا ينتقل عنه الا برضاه والحال ان العبد لا دخل له
في هذا النقل وقد ذكر هذه المسئلة من يملكه ومن احاله ولا يندفع الاشكال اذا قلنا بان المراد بملكية العبد
تسلطه على الانتفاع بما قيل بملكه له لا ملك الرقبة كما نقله في الدروس عن بعض القائلين بالملك فيكون الملك
على هذا الوجه غير مناف لملك البايع لرقبته على وجه يتوجه به نقله الى المشتري او بقاؤه على ملكه الثالث
ان المص رحمه الله حكم هنا بان العبد يملك وان كان محجورا عليه ثم حكم بان ماله اذا بيع لمولاه والحكم فيه
اقوى اشكالا لان مقتضى الملك على هذا الوجه ملك الرقبة بطريق الحقيقة وان حجر عليه في الانتفاع به فلا
يناسب ما نقله في الدروس ولا يتم الحكم بكون ماله للبايع او المشتري بمجرد بيعه اللهم الا ان يحمل على ظاهر النص
الدال على هذا الحكم ويتوجه بانه دال على عدم ملك العبد لئلا يناقض الحكم المتفق عليه من عدم ملك شخص
مال غيره الا برضاه والمناسب للقول لرقبة المال ان يتبع العبد اين كان ولا يكون للبايع ولا للمشتري
والاقوى تفريعا على القول بانه لا يملك ان ماله المنسوب الى البايع مطلقا الا ان يشترطه للمشتري فيكون
له ويشترط علمهما بقدره او كونه تابعا وسلامته بان يكون الثمن مخالفا لجنسه الربوي او زايدا عليه مع قبض
مقابل الربوي في المجلس   ولو قال للمشتري اشترني ولك علي كذا لم يلزمه وان اشتراه وقيل

ان كان

ان كان له مال حين قال له لزم والا فلا وهو المروي ما اختاره المص هو الاقوى بناء على انه لا يملك
وعلى القول بملكه فهو محجور عليه يتوقف جعالته على اجازة المولى والقول المذكور للشيخ رحمه الله واستند
فيه الى رواية الفضيل عن الصادق عليه السلم ومدلولها انه جعل ذلك لمولاه ليبيعه ولا دلالة له فيها على ما ادعاه
الشيخ للفرق بين الاجنبي والولي فان حكم الاجنبي ما ذكرناه واما المولى فان قلنا ان العبد لا يملك فماله
لمولاه والا فحجره زايل برضا المولى فيمكن العمل بالرواية من دون القول ولا يلزم ما رده ابن ادريس من ان
الرواية لا يجوز العمل بها وان الشيخ اوردها ايرادا لا اعتقادا   اذا ابتاعه وماله الخ هذا اذا قلنا
انه لا يملك او قلنا به بمعنى جواز تصرفه خاصة اما لو قلنا بملكه حقيقة لم يشترط في الثمن ما ذكر لان ماله
حينئذ ليس جزءا من المبيع فلا يقابل بالثمن   يجب ان يستبرئ الامة قبل بيعها الخ والمص
اطلق الحكم بالتحريم قبل الاربعة والعشرة والكراهة بعدها ووجه الجمع اما الاطلاق بحيث يشمل
الجميع فلاطلاق النص الشامل لها واما الحكم بالتحريم قبل المدة المذكورة فلاتفاق الاخبار اجمع
عليه والاصل في النهي التحريم واما بعدها فقد تعارضت الاخبار فيجب لها الجمع بينها النهي
على الكراهة لتصريح بعضها بنفي الباس طريق واضح في ذلك ونظايره فالقول به اقوى نعم ينبغي
في الحمل من الزنا ان المعهود من الشارع الغاء اعتباره من العدة والاستبراء في غير محل النزاع فلو قيل
بالجواز فيه مطلقا كان حسنا وخصص المص الوطء بالقبل هو الظاهر من النصوص فان النهي
فيها معلق على الفرج والظاهر منها ارادة القبل وفي رواية ابي بصير عن الباقر عليه السلم له منها
الفرج وربما قيل بالحاق الدبر به بدعوى صدق اسم الفرج عليهما وبان في بعض الاخبار لا تقربها
حتى تضع الشامل للدبر وغيره خارج بدليل آخر وهو اولى   ولو لم يعزل كره له بيع ولدها
ويستحب له ان يعزل له من ميراثه قسطا كذا ورد في الاخبار وفيها لتغذيه الولد بنطفة الواطي
وانه شارك في اتمام الولد وليس في الاخبار تقدير القسط بقدر وفي رواية اسحق بن عمار عن الكاظم عليه السلم
انه يعتقه ويجعل له شيئا يعيش به لانه غذاه بنطفته   التفرقة بين الاطفال وامهاتهم قبل
استغنائهم عنهن محرمة وقيل مكروهة وهو الاظهر القول بالمنع اجود لظاهر الاخبار
بالنهي عنه فمنها قول النبي صلى الله عليه واله في حديث سبي اليمن لما سمع بكاء الامة
بيعوهما جميعا وامسكوهما جميعا ثم بعث بثمن ابنتها فاتي بها والامر للوجوب المقتضي للنهي عن
التفريق وروى ابو ايوب عن النبي صلى الله عليه وآله من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه

وبين اخته وفي صحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام في الرجل يشتري الجارية او الغلام
وله اخ او اخت او اب او ام بمصر من الامصار قال لا يخرجه من مصر الى مصر آخر ان كان صغيرا
او لا تشتريه وان كانت له ام فطابت نفسها ونفسه فاشتره ان شئت وهذه هي العمدة في ذلك
وغيرها شاهد ومقتضى اطلاق الحكم في التفريق في كلام المص عدم الفرق بين رضاهما وعدمه
وفي خبر ابن سنان ما دل على اختصاص النهي بعدم رضاهما وهو اجود والظاهر عدم الفرق بين
البيع وغيره وان كان في بعض الاخبار ذكر البيع لايمائها الى العلة الموجودة فتعدى الى كل ناقل للعين
حتى القسمة ولا الاجارة الموجبة للتفرقة وحيث كانت علة المنع التفرقة فلو لم يستلزمها العقد كما لو باع
احدهما وشرط استخدامه مدة المنع او على من لا يحصل منه التفريق بينهما لم يحرم مع احتماله في الثاني
اذا لم يمكن الاجتماع لازالته شرعا وحيث حكم بالتحريم فهل يقع البيع ويكون صحيحا نظرا الى ان النهي في غير
العبادة لا يقتضي الفساد ولرجوعه الى وصف خارج عن ذات المبيع كالبيع وقت النداء
ام باطلا التفاتا الى الاحاديث الدالة على الرد من غير اعتبار رضا المتبايعين ولان تحريم التفريق اخرجهما
عن صلاحية المعاوضة قولان اجودهما الثاني وهل يختص تحريم التفريق بالولد مع الام ام يعم
غيره من الارحام المشارك له في الاستيناس والشفقة استقرب في التذكرة الاول
وصحيحة ابن سنان دالة على الثاني وهو اجود وموضع الخلاف بعد سقي الام اللبأ
اما قبله فلا يجوز قطعا لما فيه من التسبب الى اهلاك الولد فانه لا يعيش بدونه صرح
به جماعة ولا يتعدى الحكم الى البهيمة اقتصارا بالمنع على موضع النص فيجوز التفرقة بينها وبين
ولدها بعد استغنائه عن اللبن وقبله ان كان مما يقع عليه الذكاة او كان له ما يمونه من غير
لبن امه والاستغناء يحصل بسبع وهل يكفي استغناؤه عن الرضاع والاول اظهر
هذا الخلاف لم نقف فيه على مستند بخصوصه ولا ادعاه مدع من الاصحاب وانما
نقلوا الخلاف هنا مقتصرين عليه وذكر جماعة من المتاخرين انه مترتب على الخلاف في الحضانة
اللاتي في باب النكاح وهو الظاهر وقد اختلفت الروايات ثم في تقدير المدة ففي بعضها
سبع مطلقا وفي بعضها مدة الرضاع وبكل منها قايل وجمع جماعة بين الروايات بحمل السبع
على الانثى والحولين على الذكر لمناسبة الحكم في احتياج الانثى الى تربية الام زيادة على الذكر
ولانه اولى من اطراح بعضها اذا عمل ببعض وهذا هو الاجود وحيث كان ذلك بحكم الحضانة
فهل يمكن ذلك في الامة لانها لا مزية على الحرة ولان ذلك هو الحق المقرر للام في كون الولد معها

في نظر الشارع   من اولد جارية ثم ظهر انها مستحقة انتزعها المالك وعلى الواطي عشر قيمتها ان كانت بكرا
ونصف العشر ان كانت ثيبا وقيل يجب مهر امثالها والاول مروي المراد انه اولدها جاهلا بكونها مستحقة
كما نبه عليه قوله ثم ظهر انها مستحقة والقول بوجوب العشر او نصفه هو الاقوى والمشهور ولو كان عالما
فالولد رق للمالك والواطي زان فيلزمه العقر ولا يرجع به ولا بغرم ما يغترمه   وهل يرجع بما اغترمه
من مهر واجرة الخ الاقوى رجوعه بالجميع وقد تقدم   ما يوخذ من دار الحرب بغير اذن الامام يجوز
تملكه في حال الغيبة ووطء الامة ويستوي في ذلك ما يسبيه المسلم وغيره وان كان فيه حق الامام
او كانت للامام عليه   التردد بين القسمين للتنبيه على الفرق بين الماخوذ فانه ان كان بسرقة وغيلة
ونحوهما مما لا قتال فيه فهو لآخذه وعليه الخمس وان كان بقتال فهو ما جمعه للامام لرواية الوراق
وعلى التقديرين يباح تملكه حال الغيبة ولا يجب اخراج الموجود من اهل الخمس منه لاباحة
الائمة عليهم السلام كل ذلك لشيعتهم لتطيب مواليدهم وكذا يجوز شراؤه من السابي والآخذ وان كان
مخالفا ويمكن ان يكون التردد بسبب الخلاف في ان المغنوم بغير اذن الامام هل هو له عليه السلام
كما هو المشهور ووردت به الرواية ام لآخذه وعليه الخمس نظرا الى كون الرواية مقطوعة كما ذكره
المص في النافع متوقفا في الحكم بسبب ذلك الا ان المعروف من المذهب هو العمل بمضمونها لا نعلم فيه
مخالفا وحينئذ فلا يضر القطع فيكون التفسير الاول اولى وبه صرح في الدروس وتبعه عليه
جماعة من المتاخرين   اذا دفع الى ماذون مالا ليشتري نسمة ويعتقها ويحج عنه بالباقي
فاشترى اباه ودفع اليه بقية المال فحج به واختلف مولاه وورثة الآمر ومولى الاب فكل يقول
اشترى بمالي فقيل يرد الى مواليه رقا ثم يحكم به لمن اقام البينة على رواية ابن اشيم وهو ضعيف
وقيل يرد على مولى الماذون ما لم يكن هناك بينة وهو اشبه   هذه المسئلة بعين ما حكاه المص اولا
رواها علي بن اشيم عن الباقر عليه السلام ومنها ان الحجة مضت عما فيها وعمل بمضمونها الشيخ رحمه الله
وردها المتاخرون لضعف ابن اشيم فانه غال ولمخالفتها لاصول المذهب من حيث الحكم
برد العبد الى مواليه مع اعترافه ببيعه ودعواه فساد البيع ومدعي الصحة هو الآخر ان مقدم
والحكم بمضي الحجة مع ان ظاهر الامر حجه بنفسه وقد استناب فيها ومخالفة صحة الحج لعوده
رقا وكونه قد حج بغير اذن سيده واعتذر العلامة للاول بحملها على انكار مولى الاب البيع

لا فساده ويرده منافاتها لمنطوقها الدال على كونه اشترى بماله فلا يسمع ونزلها في الدروس على ان
المأذون بيده مال لمولى الاب وغيره ويصادم الدعوى المسكا فاه يرجع الى اصالة بقاء الملك على مالكه
ولا تعارضهم سواهم بعدم دعوى الصحة على الفساد لان دعوى الصحة هنا مشتركة بين متقا بلين
متكافئين متساقطا قال وهذا واضح لاغبار عليه وفيه نظر واضح لعدم الاعتبار عليه لانه لا يخلو لمنع تكافؤ
الدعاوى اولا على تقدير تسليم كون ما بيده للجميع لان من عدا مولاه خارج والداخل مقدم فيسقط مولى
الاب وورثة الامر فلم يتم الرجوع الى اصل بقاء الملك على مالكه ومن ثم يظهر فساد دعوى كون دعوى الصحة
مشتركة بين متقابلين متكافئين فان الخارجة لا كالداخلة فاذا قدمت لم يبق لرد الدعوى المشتملة
على فساد البيع مانع اذ لم يتقدح بوجهها لا بسبب تساقط تلك الدعويين ولم يتم ثم تسليم كون بيد المأذون
اموالا لغير مولاه فان اقراره لها الغير غير مقبول مع تكذيب المولى وان كان مأذونا لان المأذون
انما يقبل اقراره بما يتعلق بالتجارة لا مطلقا كما سيأتي وحينئذ فلا بد من اطراح الرواية لهذه المنافاة
لقبولها والرجوع الى اصل المذهب والذي يناسبه اطراح دعوى مولى الاب لاشتمالها على الفساد
ويبقى المعارضة بين مولى العبد وورثة الآمر لاشتراكهما في دعوى الصحة ويقدم قول المولى لانه
ذو اليد قال المصنف في النافع الذي يناسب الاصول امضاء ما فعله المأذون
وفيه ما مر الا ان يقال ان العبد المأذون يصير كالوكيل يقبل اقراره على ما في يده ويمضي تصرفه
كالوكيل وليس ببعيد مع تناول الاذن لذلك كما هو المفروض ومختار المصنف هنا اقوى
هذا كله مع عدم البينة ان كانت لواحد حكم لها وان كانت لاثنين او للجميع
فان قدمنا بينة الداخل عند التعارض فكالاول وان قدمنا الخارج او لم يكن للداخل منه ففي
تقديم بينة ورثة الآمر نظرا الى الصحة او بينة مولى الاب لانه خارج بالاضافة الى
ورثة الآمر لادعائه ما نافى الاصل وجهان اجودهما الاول لانهما خارجان بالنسبة الى
مولى المأذون ومدعيان ويبقى مع ورثة الآمر مرجح الصحة   اذا اشترى عبدا في الذمة
ودفع البائع عبدين وقال اختر احدهما فابق واحد قيل يرتجع نصف الثمن فان وجده
اختار والا كان الموجود بينهما وهو بناء على انحصار حقه فيهما ولو قيل التالف مضمون بقيمته
وله المطالبة بالعبد الثابت في الذمة كان حسنا   هذا الحكم ذكره الشيخ رحمه الله وتبعه عليه بعض

الاصحاب

الاصحاب ومستنده رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وفي طريقها ضعف يمنع العمل بها مع ما فيها من مخالفة الاصول
الشرعية مع انحصار الحق الكلي بل بعينه في فردين وثبوت المبيع في نصف الموجود المقتضي للشركة مع عدم الموجب لها
ثم الرجوع الى التخيير لو وجد الآبق ونزلها الاصحاب على تساويهما قيمة ومطابقتهما للمبيع الكلي وصفا وانحصار حقه
فيهما حيث دفعهما اليه وعينهما للتخيير كما لو حصر الحق في واحد وعدم ضمان الآبق اما بناء على عدم ضمان المقبوض
بالسوم او تنزيل هذا التخيير منزلة الخيار الذي لا يضمن التالف في وقته ويشكل الحكم بانحصار الحق فيهما على هذه التقادير ايضا
لان المبيع امر كلي لا يتشخص الا بتشخيص البائع ودفعه الاثنين ليتخير احدهما ليس تشخيصا وانحصار الامر فيهما لا يقتضي بقاء الحق
في الذمة الى ان يثبت المزيل ولم يثبت شرعا كون ذلك كافيا كما لو حصره في عشرة فصاعدا ونزلها في المختلف على
تساوي العبدين من كل وجه ليلحق بمتساوي الاجزاء حتى انه يجوز بيع عبد منهما كما يجوز بيع قفيز من الصبرة
ونزل على الاشاعة وقد تقدم ومع ذلك فاللازم عدم ارتجاع نصف والاولى الاعراض عن الرواية لما ذكر والرجوع
الى اصل المذهب فنقول حينئذ في العبدين ان كانا بوصف المبيع وتخير الآبق رد الباقي ولا شيء له وان اختار الباقي
بني ضمان الآبق على ان المقبوض بالسوم هل هو مضمون ام لا فان قلنا به كما هو المشهور ضمنه والا فلا
واما بناؤه على التالف في زمن الخيار فليس بشيء اذ لا خيار هنا وان كان احدهما بالوصف خاصة فله اختياره
وحكم الآخر ما مر وان لم يكونا بالوصف طالب بحقه ورد الباقي وفي ضمان الذاهب ما مر وعلى هذا لا فرق
بين العبدين والعبيد وغيرهما من الامتعة وغيرها وعلى الرواية لا يتعدى الى غير العبد اقتصارا فيما خالف الاصل
على المنصوص لبطلان القياس وبه قطع الشيخ رحمه الله ولو تعددت العبيد ففي انسحاب الحكم وجهان من صدق
العبدين في الجملة والخروج عن نفس المنصوص فان قلنا به وكانوا ثلاثة فابق واحد فات ثلث المبيع وارتجع ثلث
الثمن مع احتمال بقاء التخيير لبقاء محله وعدم فوات شيء ولو كانا اثنين او عبدا وامة ففيه الوجهان
وقطع في الدروس بانسحاب الحكم هنا ولو هلك احد العبدين ففي انسحاب الحكم الوجهان والاولى العدم في ذلك
كله لو قلنا به لما ذكرناه   اما لو اشترى عبدا من عبدين لم يصح القول وفيه قول موهوم اشار بالقول الى
ما ذكره الشيخ رحمه الله في الخلاف من الجواز اخذا من ظاهر الرواية السابقة ودلالتها على ذلك ممنوعة لما قد عرفته
فلذلك نسبه المصنف الى الوهم وحمله العلامة في المختلف على تساوي العبدين من كل وجه وبني استبعاد
بيع احدهما لا بعينه حينئذ كما تقدم من متساوي الاجزاء بعضه ويشكل بما مر والاقوى المنع مطلقا
اذا وطئ احد الشريكين مملوكة بينهما سقط الحد مع الشبهة ويثبت مع انتفائها لكن يسقط منه بقدر
نصيب الواطئ وظاهر النصوص والفتاوى ان الواجب هنا من الحد الجلد خاصة وان كان محصنا بسبب

ملكه لبعضها ومن هنا يوجه الحكم ايضا بلحوق الولد فيه وان كان عالما بالتحريم مع ان الزاني العالم لا يلحق به الولد ولا
يخفى انه يستثنى من الحد بسبب نصيب الشريك ما لو كان ولد الواطي فانه لا حد على الاب بسبب نصيبها بنفس الوطء استنادا
الى ظاهر رواية عبد الله بن سنان والاقوى ما اختاره المص لان الاحبال يصيرها ام ولد فيقوم عليه معه لا بدونه
ولو حملت قومت عليه حصص الشركاء ويعتق الولد حرا وعلى ابيه قيمة حصصهم يوم ولد اذا جعلت الامة المذكورة
لها حكم امهات الاولاد فيقوم عليه لان الاستيلاد بمنزلة الاتلاف لتحريم بيعها وانعتاقها بموت سيدها فكان عليه
غرامة الحصص وهل المعتبر قيمتها عند الوطء او التقويم او الاكثر الانسب الاخير ولا تدخل في ملكه بمجرد الحمل بل بالتقويم ودفع القيمة
او الضمان مع رضا الشريك فكسبها قبل ذلك للجميع وكذا حق الاستخدام ولو سقط الولد قبل التقويم استقر ملك الشركاء وانما
لزم اباه قيمة حصصهم يوم ولد اذا لم يكن قومت عليه حاملا والا دخلت قيمته معها ونبه المص بقوله
انعقد الولد حرا على ان فكه بالقيمة ليس على حد فك الوارث الرق بل هو محكوم بحريته من حين الانعقاد وان لم
يبذل قيمته وتظهر الفائدة فيما لو اوصى له حملا فان الوصية صحيحة ولو قيل بانعقاده رقا وتوقف تحريره على دفع قيمته
او ما قام مقامها لم يصح وفيما لو سقط بجناية جان فانه يلزمه دية حر للاب عشر دية وعليه للشركاء دية جنين الامة
عشر قيمتها الاقرب بحصته ويجب على الاب مضافا الى ذلك العقر بسبب الوطء سواء كانت بكرا ام ثيبا وهو العشر او نصفه
مضافا الى ذلك ارش البكارة مستثنى منه حصته على اصح القولين المملوكان الماذون لهما اذا ابتاع كل واحد
منهما صاحبه من مولاه حكم بعقد السابق فان اتفقا في وقت واحد بطل العقدان وفي رواية تقرع بينهما وفي
اخرى يذرع الطريق ويحكم للاقرب والاول اظهر ما اختاره المص هو الاقوى ووجه تقديم السابق واضح
لان عقده صدر من اهله في محله بخلاف المتاخر لبطلان اذنه بانتقاله عن ملك مالكه فلا يمضي عقده ثم ان كان
شراء كل منهما لنفسه وقلنا بملكه فبطلان الثاني واضح لامتناع ان يملك العبد سيده وان احلنا الملك او كان شراؤه
لسيده صح السابق وكان الثاني فضوليا لبطلان اذنه فيقف على اجازة من اشترى له ولو كان وكيلا له وقلنا
ان وكالة العبد لا تبطل ببيع مولاه له صح الثاني والا كالماذون والفرق بين الاذن والوكالة ان الاذن ما جعلت
تابعة للملك والوكالة ما اباحت التصرف المعين مطلقا والمرجع فيهما الى ما دل عليه كلام المولى ولو اقترن
العقدان بطلا اي لم يمضيا لكونهما موقوفين على الاجازة لاستحالة الترجيح اذا لم يكونا وكيلين كما مر وتحقق
الاقتران بالاتفاق في القبول بان يكملاه معا لان به يتم السبب ويحصل الانتقال عن الملك الموجب
لبطلان اذن المتاخر لا بالشروع في العقد لعدم دلالة قصد اخراج العبد عن الملك على الفصل الى منعه
من التصرف باحد الدلالات حتى لو شرع في العقد فحصل مانع من اتمامه بقي الاذن وانما المزيل له خروجه
عن ملكه

عن ملكه عملا بالاستصحاب وتمسكا ببقاء المقتضي والرواية بالقرعة ذكرها الشيخ رحمه الله وفرضها في صورة تساوي
المسافة واشتباه الحال وهو لا يستلزم الاقتران وان احتمله والقول بها حسن ليس بعيدا من الصواب لاشتباه الحال في السبق
والاقتران وقد روي ان القرعة لكل امر مشكل واختارها العلامة في التذكرة والمختلف مع الاشتباه كما قلناه لا مع
الاقتران ويشكل بانه مع احتمال الاقتران والسبق كما يحتمل السبق الخارج بالقرعة يحتمل الاقتران المبطل للعقد وليس في القرعة فان ظاهر
المروي منها اخراجها على السابق هنا وحينئذ فلا وجه لها مع اشتباه السابق نعم لو قيل باشتباه السبق والاقتران كما هو ظاهر
فرض المسئلة انه يكتب ثلث رقاع في احدها الاقتران ليحكم بالبطلان ان ظهر كان حسنا الا انهم لم ينبهوا عليه ولا هو ظاهر
ما نقل من الرواية والرواية المشتملة على ذرع الطريق رواها الشيخ رحمه الله عن ابي خديجة عن الصادق عليه السلام وبيان
ذلك مع اشتباه الحال ولو علم السابق قدم وان كان ابعد طريقا وظاهرها ان كلا منهما اشترى الآخر لنفسه بناء على ان العبد يملك
والمختار ما قدمناه بقي في العبارة شيء وهو انه بعد حكمه بتقديم السابق والبطلان مع الاقتران روى القرعة ثم رجح
الاول وهو يشعر بكونهما في مقابلة مختاره والحال انهما اوردا في صورة الاشتباه والمص لم يذكر حكم هذا الفرض فلا يكونان في
مقابلة حكمه بل في اثباته يرجح تقديم السابق ولا تعرض لهما لحالة تعين الاقتران والظاهر ان المص رحمه الله جعلهما
في مقابلة الاقتران تبعا للشيخ رحمه الله فانه صرح في النهاية بالقرعة عند الاقتران محتجا بالرواية وهي لا تدل على مطلوبه
لانه فرضها في كتب الحديث فيما اذا كان المسافة متساوية واشتبه الحال لا فيما اذا علم الاقتران والله اعلم
من اشترى جارية سرقت من ارض الصلح كان له ردها على البايع واستعادة الثمن ولو مات اخذ من وارثه
ولو لم يخلف وارثا استسعيت في ثمنها وقيل يكون بمنزلة اللقطة وقيل تسلم الى الحاكم ولا تستسعى كان اشبه
القول الاول للشيخ واتباعه ومستنده رواية مسكين السمان عن الصادق عليه السلام والقول الثاني لابن ادريس
نظرا الى رد الرواية بناء على اصله ولمخالفتها لاصول المذهب من جهة ردها على بايعها وليس مالكا ولا وكيلا له
واستسعائها في ثمنها مع ان كسبها لمولاها والثمن لم يصل اليه فكيف يؤخذ من غير آخذه هذا مع جهالة حال مسكين
الموجب لترك العمل بروايته وان وافقت الاصول وفي الدروس استقرب العمل بالرواية واعتذر
من الاشكالين بان ردها على البايع تكليف له بردها الى اهلها اما لانه سارق او لانه ترتبت يده عليه وزاد في شرح
الارشاد بان يده اقدم ومخاطبته بالرد الزم خصوصا مع بعد دار الكفر وان في استسعائها جمعا بين حق
المشتري وحق صاحبها والاصل فيه ان مال الحربي في الحقيقة فيء وما يصلح صار محترما احتراما عرضيا فلا يعارض
ذهاب مال محترم في الحقيقة وهذا التنزيل تقريب للنص وتوجيه له حيث يكون النص والحجة والا فلا يخفى ان محرم ما ذكره
لا يصلح للدلالة لان تكليف البايع بالرد لا يقتضي جواز الدفع اليه كما في كل غاصب ويده مع لا اثر له في هذا الحكم

ايضا ولا لكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد من الغاصب وهو باطل اجماعا ولان البايع ان كان سارقا لم يكن
اهلا للامانة لخيانته وان لم يكن سارقا فليس وكيلا له ولا وليا له فلا يجوز الدفع اليه كما في كل مبيع يظهر استحقاقه واما
الفرق بين احترام المال بالعرض والاصل فلا مدخل له شرعا في الحكم بل لا تفاوت في نظر الشارع بينهما بل كل منهما معصوم على المتلف
مع ان المتلف للمال المحترم حقيقة ليس هو مولى الجارية بل البايع الذي غره ان كان عالما وغره فلا يرجع على غره
ولا تزر وازرة وزر اخرى ولو تم ذلك لزم منه جواز اخذ ما ذهب من الاموال المحترمة بالاصل من مال المحترم
بالعرض كاهل الذمة وهو واضح البطلان والوجه ما ظنناه من ان ذلك يرمل للنص ويقرب له الى العمل لا بعلل بعلة
معتمدة وانما الاعتماد على الرواية لصحة طريقها في غير مسكين وعمل الشيخ وجماعة بها والاقوى وجوب التوصل
الى مالكها او وكيله او وارثه لكن مع التعذر يدفع الى الحاكم وهذا هو مراد المص مما اختاره اخيرا وانما ترك ذكر المالك
لتعذر الوصول اليه غالبا واما الثمن فمطالب به البايع مع بقاء عينه مطلقا ومع تلفه ان كان المشتري جاهلا برقيتها
وكذا القول في الوارث ولا يستسعى الجارية مطلقا وان ضاع الثمن السلم وهو ابتياع مال مضمون الى اجل السلف
معلوم بمال حاضر او في حكمه اراد بالحاضر المعين ثمنا المقبوض في المجلس وبما في حكم المقبوض في المجلس مع كونه
موصوفا غير معين وان كان المعوض حاضرا عندهما لان الثمن اذا كان موصوفا غير منحصر في المقبوض بل هو امر كلي
لا حضور له لكن لا بعينه في المجلس وقبضه بصير في حكم الحاضر ويشت على ان المراد الحاضر المعين ثمنا امرانه
بالباب فان الحاضر عندهما اذا قبض في المجلس ولم يكن معينا في العقد ليس هو متعلق الباب وان كان بعض افراده
لان الامر الكلي مغاير لافراده وان لم يوجد بدونها وينعقد بلفظ اسلمت واسلفت السلم والسلف
بمعنى اشار اليهما المص بجعل العنوان في السلف ثم عرف السلم فقال اسلفت وسلفت سعدى بالهمزة والتضعيف
واسلمت بالهمزة قال في التذكرة ويجئ سلمت الا ان الفقهاء لم يستعملوه وينبغي القول بجوازه لدلالته
صريحا على المقصود وورده لغة فيه هذا اذا كان الايجاب من المسلم اليه الذي هو البايع في الحقيقة
صح بلفظ البيع والتمليك على قول وباستلمت منك كذا او استلفت او تسلمت على ما مر الى آخر الصيغة
والقبول هنا من المسلم قبلت وشبهه وهذا الحكم من خواص السلم بالنسبة الى انواع البيع ومثله في صحة
الايجاب من كل من المتعاقدين الصلح وهل ينعقد البيع بلفظ السلم كان يقول اسلمت اليك هذا
الدينار في هذا الكتاب قيل نعم اعتبارا بقصد المتعاقدين اي قال ذلك المشتري فيكون ذلك
على نهج السلم من كون المسلم هو الثمن والمسلم فيه هو المبيع ومثله ما لو قال البايع اسلمت اليك هذا الثوب في هذا
الدينار كما فرضه في القواعد ووجه الاشبه ان البيع يصح بكل ما ادى ذلك المعنى المخصوص والسلم نوع من البيع

اعتبره الشارع في نقل الملك فجاز استعماله في الجنس مجازا تابعا للقصد ولانه اذا جاز استعماله لما في الذمة
المحتمل للغرر كان مع المشاهدة ادخل لانه ابعد من الغرر لانه مع المشاهدة يحصل العلم اكثر من الوصف
والحلول يتيقن به امكان التسليم والاتساع بخلاف الاجل فكان اولى بالصحة ولان البيع ينعقد
بملكتك كذا بكذا على ما ذكره بعض الاصحاب ولا ريب ان السلم اقرب الى حقيقة البيع من التمليك
المستعمل شرعا استعمالا شايعا في الهبة فان العقد بالا بعد لنا دية المعنى المراد فالاقرب اذا اراده
اولى وهذا هو اختيار الاكثر ووجه العدم ان لفظ السلم موضوعه حقيقة للنوع الخاص من البيع
واستعماله الى غير ذلك النوع مجاز والعقود اللازمة لم تثبت بالمجازات ولان الملك انما يثبت بما وضعه
الشارع ناقلا ولم يثبت جعل الشارع هذا ناقلا في موضع النزاع والحق ان قلنا باختصاص
البيع بما ثبت شرعا من الالفاظ لم يصح هنا وان جوزناه بكل لفظ دل صريحا على المراد صح لان هذا اللفظ
مع قصد البيع صريح في المطلوب وكلام الاصحاب في تحقيق الفاظ البيع مختلف والقول بعدم
انعقاد البيع بلفظ السلم لا يخلو من قوة وعلى القول بالصحة فيما ذكره المص لو جعل متعلق البيع عينا
موصوفة بصفات السلم حالا كان اولى بالصحة لانه اقرب الى السلم وانما يخالفه بالاجل
وعلى المنع يحتمل الصحة والاقوى الصحة في الموضعين ويجوز اسلاف الاعراض في الاعراض
اذا اختلفت وفي الاثمان واسلاف الاثمان في الاعراض ولا يجوز اسلاف الاثمان في الاثمان
ولو اختلفا ونبه بالاول على خلاف ابن الجنيد حيث منع من اسلاف عرض في عرض اذا كانا مكيلين
او موزونين او معدودين كالسمن في الزيت وبالثاني على خلاف ابن ابي عقيل حيث منع من اسلاف
غير النقدين وهما نادران واما الثالث وهو اسلاف الاثمان في الاعراض فهو موضع وفاق كما
ان الرابع موضع وفاق من حيث اوجب قبض عوض الصرف في المجلس لان السلم يقتضي
تاجيل المسلم فيه وهو ينافي قبضه في المجلس وفيه مع تماثل العوضين مانع آخر وهو الزيادة الحكمية
في الثمن الموجل باعتبار الاجل فان له حظا من الثمن يوجب الربا ويشكل على القول بجوازه حالا كما سياتي
وبامكان الجمع بين الاجل والقبض في المجلس على تقدير اشتراطه فان الاجل لا يتقدر في جانب النقصان
اللهم الا ان يقال انه مع الحلول يكون بيعا بلفظ السلم لا سلما وسياتي تحقيقه واجيب عن الثاني
بان الجمع بين الاجل والتقابض وان كان ممكنا الا ان الاجل مانع من التقابض مدته فيكون العقد معرضا لذلك ويشكل
ان الشرط وهو التقابض في المجلس اذا حصل تم العقد المذكورة لم تثبت شرعا كونها قادحة في الصحة

بوجه والضابط ان كلما يختلف لاجله الثمن فذكره لازم المراد اختلف الثمن بسببه اختلافا
لا يتغابن به فلا يقدح الاختلاف اليسير المتسامح بمثله عرفا والمرجع في هذه الاوصاف الى العرف وربما كان
العامي اعرف بها من الفقيه وحظ الفقيه منها بيان الاجماع ولا يطلب في الوصف الغاية بل يقتصر
على ما يتناوله الاسم اي لا يجب الاستقصاء في الوصف بل يجوز الاقتصار فيه على ما يتناوله اسم الموصوف
بالوصف الذي يزيل اختلاف اثمان الافراد الداخلة في المعين فان استقصى كذلك ووجد الموصوف صح
السلم وان عز وجوده بطل وعلى هذا النهي والامر الواقعان في العبارة قد يكونان على وجه نفي اللزوم والجواز كما اذا
لم يستلزم ذلك وهي عبارة صحيحة وقد يجوز في القواعد الجمع بين الفرد بن المختلفين في الصحة وعدمها حيث قال ولا يجب
في الاوصاف الاستقصاء لعسر الموجود فان التعليل بعسر الوجود لعدم الجواز لا لعدم الوجوب كما قد عرفته
ولو شرط الاجود لم يصح لتعذره وكذا لو شرط الاردى ولو قيل في هذا بالجواز كان حسنا لامكان
التخلص اما عدم صحة الضبط بالاجود فظاهر لانه ما من فرد جيد الا ويمكن ان يكون فوقه ما هو اجود منه
فلا يتحقق كون المدفوع من افراد الحق واما شرط الاردى فالمشهور المنع منه لما ذكرناه في الاجود واشار المص بقوله
لامكان التخلص الى الجواب عن ذلك بان الاردى وان لم يمكن الوقوف عليه لكن يمكن التخلص من الحق بدونه وطريقه ان يدفع
فردا من الافراد فان كان هو الاردى فهو الحق وان لم يكنه كان قد دفع الجيد عن الردى وهو جائز فيحصل التخلص
بخلاف ما لو شرط الاجود ويشكل بان امكان التخلص بهذا الوجه لا يكفي في صحة العقد بل يجب مع ذلك تعين المسلم فيه
بالضبط بحيث يمكن الرجوع اليه عند الحاجة ويمكن تسليمه بالقهر بان يدفعه الحاكم من مال المسلم اليه عند تعذر تسليمه
وظاهر ان هذين الامرين متعذران على الاردى لانه غير متعين ولا يمكن الحاكم تسليمه والجيد غير مستحق عليه
فلا يجوز لغيره دفعه ولا يجب عليه مع المماكسة فيتعذر التخلص وحينئذ فالاقوى عدم الصحة
ولا بد ان يكون العبارة الدالة على الوصف معلومة بين المتعاقدين ظاهرة في اللغة حتى يمكن استعلامها
عند اختلافهما المراد بظهورها في اللغة كونها على وجه يمكن الرجوع اليها عند اختلافهما كما قيد به وانما تتم
ذلك اذا كان مستفاضا ويشهد به عدلان وفي حكم اللغة العرف متى كان المعنى متعارفا جازت
الحوالة عليه لكن لك ولا بد مع ذلك من علم المتعاقدين بالمعنى المراد كما نبه عليه في العبارة باشتراطه الامرين معا
مع علمهما وظهور المراد في اللغة فلو جهلاه او احدهما بطل العقد وان كان معناه معلوما لغة وعرفا
وفي الجلود تردد وقيل يجوز مع المشاهدة وهو خروج عن السلم حينئذ المشهور المنع من السلم
في الجلود للجهالة واختلاف الخلقة وتعذر الضبط حتى بالوزن لان القيمة لا ترتبط به والقول بالجواز

مع المشاهدة

مع المشاهدة للشيخ رحمه الله لارتفاع الجهالة بها ورده المص بانه مع المشاهدة يخرج عن وصف
السلم ويمكن الجواب بانه انما يخرج مع تعين المسلم وكلام الشيخ اعم منه فيمكن حمله على مشاهدة
جملة كثيرة يكون المسلم فيه داخلا في ضمنها وهذا القدر لا يخرج عن السلم كما لو شرط الثمرة من بلد
معين او الغلة من قرية معينة لا تخيس عادة ولا اجود المنع مطلقا للاختلاف وعدم الانضباط
ويجوز في عيدانها قبل نحتها لامكان ضبطها ح بالعدد والوزن وما يبقى فيه من
الاختلاف لا يقدح لعدم اختلاف الثمن بسببه بخلاف المعمول ولا
في الجواهر واللآلي لتعذر ضبطها وتفاوت الاثمان مع اختلاف اوصافها لم يفرق
بين اللآلي الصغيرة والكبيرة لاشتراكهما في علة المنع وهو تعذر الضبط الموجب لرفع
اختلاف الثمن وفرق جماعة بينهما فجوزوه في الصغار لانها تباع وزنا ولا يعتبر فيها صفات
تتفاوت القيمة بها تفاوتا بينا بخلاف الكبار وهو اجود ولا فرق بين المتخذ للتداوي
وغيره وفي البيض والجوز واللوز شرط الشيخ في جواز السلف في البيض والجوز ضبطه
بالوزن لاختلافها والاقوى الاكتفاء بالعدد مع ذكر النوع الذي يقل الاختلاف فيه بحيث يختلف
بسببه الثمن لان الغرض العلم بالقدر وهو حاصل بذلك حيث لم يرد من الشارع تعين الاعتبار
والعرف يدل عليه والادوية بسيطها ومركبها ما لم يشتبه مقدار عقاقيرها بان لا
يكون لها ضابط معين في مقدار كل واحد من اجزائها فلو امكن ضبطها بالقدر صح وان لم يمكن لازما
فيها وعقاقير الدواء اجزاؤه التي يتركب منها ويعلم من اشتراط العلم بمقدار عقاقيرها العلم بها
نفسها بطريق اولى لرفع الجهالة وفي اعتبار ذلك في المشاهد نظر من توقف العلم عليه ومن مشاهدة
الجملة وهو اجود ويجوز الاسلاف في شاة لبون ولا يجوز تسليم ما فيه لبن بل من شانها ذلك
نبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منع في احد قوليه من السلف في شاة لبون محتجا
بجهولية اللبن المعين وليس بجيد لان الواجب ما من شانها ان يكون لها لبن وان لم يكن
موجودا بالفعل حال البيع بل لو كان لها لبن ح لم يجب تسليمه بل له ان يحلبها ويسلمها ولو
سلم وجود اللبن بالفعل فهو تابع لا تضر جهالته كما مر اللبون مما يمكن ان يحلب في زمن
يقارب من التسليم فلا يكفي الحامل وان قرب اوان ولادتها ويجوز في شاة معها
ولدها وقيل لا يجوز لان ذلك مما لا يوجد الا نادرا وكذا التردد في جارية حامل للجهالة بالحمل

الشك السببي والعمد يتسبب ولا واحدها من لفظها فلا يقال ثبتة وانما يقال سبب وتشابه نهاية

القول بالمنع للشيخ رحمه الله محتجا على الاول بعزة الوجود وعلى الثانى بجهالة الحمل وعدم امكان
وضعه والمشهور والاجود الاول الامكان وصف الاول بالصفات المعتبرة فى السلم من عدم اداء الى
العسر واغتفار الجهالة فى الحمل لانه تابع ولو افتقد العلامه فى الجارية الحسناء مع ولدها العزة وجودها
يمكن ذلك وفى الفرق نظر وضابط المنع وعدمه عزة الوجود وعدمه   وفى الاسلاف فى جوز
القز تردد منع الشيخ من الاسلاف فى جوز القز محتجا بان فيه دودا ليس مقصودا ولا فيه
مصلحة فانه اذا ترك فيه افسده لانه يقرضه ويخرج منه وان مات فيه لم يجز من حيث انه
ميتة والاصح الجواز لان المقصود بالبيع خال من هذه الموانع والدود ليس مقصودا وفى حكمه
النوا الذى لا فائدة فيه ومنشأ تردد المص ما ذكرناه من الوجهين   قبض راس المال قبل التفرق
شرط فى صحة العقد هذا هو المشهور بل اجماع وظاهر ابن الجنيد جواز تاخير القبض ثلثة ايام وهو
متروك   ولو قبض البعض صح فى المقبوض خاصه وبطل فى الباقى ثم ان كان عدم الاقباض
بتفريط المسلم اليه فلا خيار له والا تخير لتبعض الصفقة   ولو شرط كون الثمن من دين عليه
قيل يبطل لانه بيع دين بمثله وقيل يكره وهو اشبه   القول بالبطلان للشيخ والاكثر لما
ذكر اذ لا شك فى اطلاق اسم الدين عليه ووجه الكراهة ان ما فى الذمه بمنزلة المقبوض
وبقى فى المسئلة قسم آخر وهو ما لم يعينه من الدين ثم تقابضا فى المجلس مع اتفاق الجنس
والوصف او تحاسبا مع الاختلاف فان الاجود هنا الصحة لان ذلك استيفا محض
من التفرق مع عدم ورود العقد على ما فى الذمه وقيل بالبطلان هنا ايضا لان الثمن
قد تشخص بما فى الذمه فيكون بيع دين بدين او لان هذه معاوضة على ثمن السلم قبل قبضه
فيكون فاسده وهما ضعيفان لان الثمن هنا امر كلى وتعيينه فى شخص لا يقتضى كونه
هو الثمن الذى جرى عليه العقد ومثل هذا التقابض والتحاسب استيفا لا معاوضه
وحيث يكون الجنس والوصف واحدا فالتقابض قهرى ولا توقف على التراضى
تقدير السلم بالكيل او الوزن العامين لا فرق فى ذلك بين ما يعتاد كيله ووزنه وما
يعتاد بيعه جزافا لان المشاهدة تدفع الغرر بخلاف السلم المقول فيه على غائب او معدوم
وسيأتى فى حكم السلم فى الحطب والقصب ما ينبه عليه   ويجوز السلم فى الثوب اذرعا
هذا الحكم ثابت ايضا وان قلنا بجواز بيعه مع المشاهدة بدون الذرع لانتفاء الغرر

كام

كام   وهل يجوز الاسلاف فى المعدود عددا الوجه لا   وجه الوجه عدم انضباط المعدود فلا يحصل
العلم بقدره بدون الوزن وهذا تم فى بعض المعدودات كالرمان اما النوع الخاص من البيض والجوز فالاجود
جوازه بالعدد والوزن وفى اللوز نظر من عدم انضباط نوعه الخاص غالبا والاولى اعتباره بالكيل والوزن
والضابط للصحة الانضباط الواقع لاختلاف الثمن   ولا يجوز السلم فى القصب اطنانا ولا الحطب حزما ولا فى
المجزوز جزا ولا فى الماء قربا   الوجه فى ذلك كله اختلاف مقدار المذكورات الموجب للغرر فى عقد السلم
بخلاف ما لو بيع مشاهدا فان المشاهده يرفع الغرر عنه   ولا يجوز له الاقتصار على مشاهدة
هذا اذا كان مما يكال او يوزن او يعد فلو كان مما يباع جزافا جاز الاقتصار على مشاهدته كالوسع
ولو كان مذروعا كالثوب ففى الاكتفاء بمشاهدته عن ذرعه نظر من جوازه لو بيع كام فكذا اذا كان ثمنا
ومن الجهالة وقطع الشيخ باشتراط ذرعه وتوقف الفاضل فى المختلف والاولى بناؤه على جواز بيعه
كذلك فان قلنا به ثم اجزناه هنا وخالف المرتضى فى ذلك كله فاكتفى بالمشاهده فى الثمن كله والعمل على المشهور
ولو اشتراه حالا قيل يبطل وقيل يصح وهو المروى لكن يشترط ان يكون عام الوجود فى وقت العقد موضع
الخلاف ما اذا قصد الحلول سواء صرح به ام لم يصرح فانه ح يكون بيعا بلفظ السلم لانه بعض جزئياته
وقد تقدم جوازه فى العين الحاضره ففى الكلية اولى ووجه المنع ح ان وضع السلم على التاجيل حتى ادعى
الشيخ عليه الاجماع وعن النبى صلى الله عليه وآله من اسلف فليسلف فى كيل او وزن معلوم واجل
معلوم واجاب فى المختلف بالقول بموجب هذه الادلة فانه مع قصد السلم يجب ذكر الاجل
وليس بصورة النزاع بل البحث فيما لو قصد بيعا حالا بلفظ السلم ومقتضى ذلك ان موضع الخلاف ما اذا لم يقصد
السلم وظاهر العبارة ان الخلاف فى السلم ايضا لان ضمير اشتراه ناسب كونه المسلم فيه وهو ظاهر الدروس ايضا
وهذا هو الاجود   ان يكون وجوده غالبا وقت حلوله اى يكون الاغلب وجوده عند الاجل عادة
فلا يكفى وجوده فيه نادرا وفى القواعد جعل الشرط امكان وجوده فيدخل فيه النادر الا على تكلف بعيد وما
هنا اجود والحاصل ان الشرط تحقق وجوده عادة عند الاجل بحيث يقدر على تسليمه وبقيد العادة يندفع
تخيل كون ما هو معدوم الان يستصحب العدم فلا يحصل الوجود فى ثانى الحال الا الظن فان هذا الظن
الغالب المستند الى قرائن الاحوال المستمرة يفيد العلم العادى وان لم يفد العلم الحقيقى ومن هنا الملحق فى
الدروس ان الشرط هو القدرة على التسليم عند الاجل وان علم وجوده عند الاجل بالمعنى اعتبر اعم

من كونه متجددا فيدفع مع كونه الان بعد وما هو من كونه موجودا من الان الى ذلك الوقت وما عبر به في الدروس اجود وادل على المقصود ولا بد ان يكون الاجل معلوما للمتعاقدين هذا وما بعده من فروع الاجل المعين فكان ذكره في بابه اجود وكانه اضرب عن الشرط السادس وهو آخر الشروط وشرع في تكميل مباحث الشروط السابقة والمراد انه لا بد من كون الاجل مضبوطا في نفسه لا يحتمل الزياده والنقصان من كونه معلوما لهما على ذلك الوجه فلا يكفي تعيينه في نفسه بحيث يرجعان في معرفته الى غيرهما كالنيروز والمهرجان ونحو ذلك من الاوقات المضبوطه التي لا يعرفها اكثر من الناس لان الاجل كجزء من العوض ويحصله حاله العقد وان تجدد العلم به لتحمل احدهما حالته وان يجدد العلم به ومثله لو قال العارف والعامي في الاجل الى سلخ الشهر الهلالي وغيره ونحو ذلك اذا لم يكونا عارفين بمعناه واذا قال الى جمادى حمل على اقربهما انما حمل على اولهما مع كونه مشتركا لتعليقه الاجل على الاسم المعين وهو يصدق على الاول وبعد علمهما بذلك فيحمل العقد لتوجه قصدهما الى اجل مضبوط فلا يكتفي ثبوت ذلك شرعا مع جهلهما او احدهما به كما مر ومثله التاجيل الى اليوم معين من ايام الاسبوع كيوم الخميس والجمعه مع احتمال البطلان في الجميع مع عدم التعيين للاشتراك والشك في حمله على الاول ووقف في المذكور بين الاول والثاني فحكم في الثاني وهو اليوم بحمله على الاول كدلالة العرف عليه وتردد في الاول والمعتمد التسوية بينهما في الحمل على الاول فان قلت قد شرطت في الصحة علمهما بذلك وقصدهما اليه ومع ذلك لم يتجه احتمال البطلان لانهما اذا قصدا الى الاول او الثاني واتفقا عليه صح قطعا لعدم الاشتباه والاختلاف ومع عدم القصد الى معين لا يحتمل الصحة فكيف يوجه الوجهان على نحو واحد قلت منشأ الاحتمالين من الشك في دلالة اللفظ المشترك على معنيين من معانيه ام لا فمن حمله على الاول زعم ان اطلاق اللفظ دال عليه اما عرفا او نظرا الى تعليقه على اسم فمتى دخل الاول صدق الاسم فلا يعتبر غيره واذا كان الاطلاق دالا على الاول حمل عليه اللفظ لانه مدلوله ومن حكم بالبطلان نظرا الى اشتراك اللفظ واحتماله للامرين على السواء فلا يمكن حمل الاطلاق على احدهما واذا تقرر ذلك وكان اعتقاد المتعاقدين وفهمهما انصرافه الى الاول كان اطلاقهما في قوة ارادة الاول وان لم يكن لهما اعتقاد ذلك سواء اعتقدا نقيضه ام لا كان جعلاه من الاجل محتملا للزياده والنقصان فلا يصح العقد وان كان له محمل شرعي عند الفقيه فان ذلك غير كاف في صحة العقد من دون ان يعلمه المتعاقدان هذا هو الذي يقتضيه القواعد المتقدمه ويقتضيه الدليل ويحتمل ضعيفا الاكتفاء في الصحة

وعدمها

وعدمها بما يقتضيه الشرع في ذلك قصداه ام لم يقصداه نظرا الى كون الاجل الذي عيناه مضبوطا في نفسه شرعا واطلاق اللفظ منزل على الحقائق الشرعيه وقد ظهر مما سبق ضعفه ويحمل الشهر عند الاطلاق على عدة من هلالين او ثلاثين يوما اي يحمل الشهر على شهر هلالي ان اتفق الاجل في اوله سواء كان تسعا وعشرين يوما او اقل او على ثلاثين يوما ان كان العقد وقع في اثناء شهر فالمراد بها عدد التفصيل لا تردد في اشكال في اعتبار انهما ويعتبر في اوليته الشهر واثنائه العرف لا الحقيقه لا يتفاوتها غالبا او دائما اذ لا يسع المقارنة المحضه كغروب ليله الهلال فعلى هذا لا يقدح فيه نحو اللحظه ويقدح فيه نصف الليل ونحوه وحيث كان المرجع الى العرف فهو المعتاد والظاهر ان الساعه فيه غير قادحه ولو قال الى شهر كذا حل باول جزء منه ليله الهلال نظرا الى العرف انما اسنده الى العرف لان كل الشهر معنى وقع غاية للاجل والغاية لغة قد يدخل في المغيا كما في قولك قرأت القرآن الى آخره وبعت الثوب الى طرفه وقد لا يدخل كاتموا الصيام الى الليل وقد يحتملها كآية غسل اليد الى المرافق لكن هنا دل العرف على خروج الغاية وهو الشهر المعين فيحكم به لانه المرجع حيث لا يكون للفظ حقيقة شرعية وهذا بخلاف ما لو كان الشهر مطلقا كما لو جعل الاجل الى شهر فانه يتم بآخره لدلالة العرف عليه ايضا ويرشد اليه انه لولا ذلك لخلا السلم من الاجل وقد صرحا به وفرق الشهيد رحمه الله بينهما في بعض تحقيقاته مع اشتراكهما في ابهام الغاية بان المعنى في المبهم مسمى المدة وهو لا يصدق الا بالمجموع والمغيا في المعين وهو يصدق باول جزء منه ضرورة صدق الشهر كصفر مثلا باول جزء منه وفيه نظر لان المطلق لما حمل على الشهر المتصل وهو الهلالي ان اتفق والا فثلاثون يوما كان مسمى المدة المبهمه هو المجموع المركب من الايام المخصوصه المتصل بالعقد فان صدقت الغاية باولها ثبت الحكم فيهما وانما الفارق العرف الدال على خروج الاول ودخول الثاني كما دل على خروج بعض الغايات ودخول بعض في نظايره ويشكل الحكم في المعين لو كان العقد في اوله وجعلاه الغاية فان الحكم بخروجه يوجب خلو العقد من الاجل وقد ذكراه فالحكم بدخوله اجمع يخالف القاعدة الحاكمة بخروج المعين ويمكن السلامه من المحذور الاول بان لم يعتبر الاجل في صحة العقد فان ذكر الاجل على هذا الوجه بمنزله التصريح بالحلول لانه لازم وان كان بصورة الاجل يصح حالا كما لو صرح به اما مع اعتبار ذكر الاجل فيمكن ويحصلا للصحه وان خالف الظاهر والبطلان لفقد شرط الصحه ومخالفة الظاهر لتحصيل حكم شرعي غير لازم لان البطلان حكم شرعي ايضا وهذا هو الاجود بناء على اعتبار الاجل

ولو قال الى شهرين وكان في اول شهر عد الشهرين اهلة وان وقع العقد في اثناء الشهر اتم من الثالث
بقدر الفائت من شهر العقد وقيل يتم ثلثين يوما وهو اشبه الاصل في الشهر عند الاطلاق الهلالي
فمتى كان الاجل شهرا واحدا وكان العقد في اوله اعتبر الهلالي وان كان في اثنائه فالعددي ولو كان
الاجل شهرين فصاعدا ووقع في اثنائه ففي اعتبار الشهر باسرها ثلثة اقوال اشار المص الى اثنين منها احدها
اعتبار الشهرين بالهلالي اما الثاني فظاهر لوقوعه باجمعه هلاليا واما الاول فلصدق مضي القدر
الحاصل منه عرفا كنصفه وثلثه مثلا فيتم من الثالث قدر ما فات منه حتى لو كان ناقصا
كفى ما يتم تسعة وعشرين يوما لان النقص جاء في آخره وهو من جملة الاجل والفائت من الاول
لا يختلف بالزيادة والنقصان وهذا هو الذي حكاه المص اولا وثانيها اعتبار ما عدا الاول
هلاليا ويتم الاول ثلثين اما الاول فلصدق الشهر الهلالي عليه واما الثاني وهو الاول المنكسر فلانه
بالهلال الثاني لا يصدق عليه انه هلالي فيكون عدديا ولا يمكن اعتبار الجميع بالهلالي لئلا يلزم اطراح
المنكسر وتاخر الاجل عن العقد مع الاطلاق ويحتمل تكميل الاول بالشهر بعد انقضاء المقصود من الهلالي من شهر
او اكثر وهذا هو قول الاكثر وثالثها انكسار الجميع بكسر الاول واعتبار الكل بالعدد ووجهه ان الشهر الثاني
لا يدخل دخوله الا بعد انقضاء الاول فالايام الفائتة اما ان لا يحتسب من احدهما او من الثاني وكلاهما
محال او من الاول فلا يدخل الثاني حتى يتم الاول بعدد ما فات منه من الثاني فينكسر الثاني وهكذا
والى هذا القول ذهب الشيخ في احد قوليه والاوسط اوسط لما مر ولان الاشهر الباقية يمكن اجراؤها
على حكم الاصل وهو اعتبارها بالهلالي فيتعين ولا يلزم اكمال الشهر الاول من الذي يليه لان الاكمال صادق
سواء اكمل من الذي يليه ام من غيره اذ لا يلزم محذور لو اكمل من غيره بخلاف ما لو اكمل من الذي يليه فانه
يلزم اختلال الشهر الهلالي مع امكان اعتباره بالهلال ولان الاجل اذا كان ثلثة اشهر مثلا فمضى
شهران هلاليان وثلثون يوما ملفقة من الاول والرابع يصدق انه قد مضى ثلثة اشهر فيحل
الاجل والا كان ازيد من المشترط ولانه اذا وقع العقد في نصف الشهر مثلا ومضى بعده شهران هلاليان
يصدق انه مضى من الاجل شهران ونصف وان كانت الثلاثة ناقصة وهذا امر ثابت في العرف
حقيقة فيكفي اكمالها خمسة عشر يوما لصدق الثلاثة معها واعلم ان المعتبر في الاولية
والاثنائية لا اللغة فلا يقدح فيه اللحظة والساعة مع احتماله ولو قال الى يوم الخميس حل

حل باول جزء منه الوجه فيه ما تقدم من الغاية المعينة فانه وان كان مطلقا الا انه قد تعين
شرعا وعرفا باول الخميس فصار كالمعين ابتداء فصار في الاكتفاء بدخوله الى العرف ويشكل بما اذا كان
العقد في اوله فان ما تقدم من الاحتمالين والبحث آت فيه ولا يشترط ذكر موضع التسليم
على الاشبه ولو كان في حمله مؤنة اختلف الاصحاب في اشتراط ذكر موضع التسليم في العقد مع اعترافهم
بانه لا نص فيه على الخصوص على اقوال احدها عدمه مطلقا كما اختاره المص والشيخ
في النهاية والعلامة في التحرير والارشاد وجماعة لاصالة البراءة من اشتراطه واطلاق الامر بالوفاء
بالعقود وحمل المبيع وللاجماع على عدم اشتراطه في باقي انواع البيع وان كان مؤجلا بل ادعى
ابن ادريس الاجماع عليه ايضا وهي دعوى في محل النزاع وثانيها اشتراطه مطلقا
كما اختاره الشيخ في الخلاف وتبعه عليه جماعة واستقربه الشهيد رحمه الله ووجهه
ان مكان التسليم مما يختلف فيه الاغراض ويختلف باعتباره الثمن والرغبات فانه قد يكون
بعيدا عن المشتري فلا يرغب في بكثرة الثمن ولا في الشراء على بعض الوجوه وقد يكون قريبا فينعكس
الحكم وكذا القول في البائع ولان المطالبة بالبيع فرع ثبوته في الذمة واستحقاق المطالبة به
وذلك في السلم المؤجل غير معلوم لانه انما يكون عند الحلول ولا يعلم في اي مكان يحصل الحلول
على البائع وبهذا يفرق بينه وبين القرض حيث انصرف الى مكان العقد وكذا المبيع
ولا يستلزم مثله في النسيئة لخروجه بالاجماع على عدم اشتراط تعيين محله والا لكان
الدليل قائما فيه فلا يلحق به المختلف فيه وثالثها التفصيل فان كان في حمله
مؤنة وجب تعيين محله والا فلا اختاره الشيخ في المبسوط ووجهه يعلم مما تقدم
فان الاغراض انما يختلف في محل يفتقر الى المؤنة اما غيره فلا ورابعها انهما ان
كانا في برية او بلد غربة قصدهما مفارقته اشترط تعيينه والا فلا وهو اختيار
العلامة في القواعد والمختلف ووجهه انه متى كان البلد كذلك لم يكن التسليم
في مكان العقد وليس في احد الامكنة في غيره اولى من الآخر فيفضي الى التنازع لجهالته

بخلاف ما اذا كان في بلد يجتمعان فيه فان اطلاق العقد يقتضي التسليم في بلده وخامسها
ان كان لحمله مؤنة او لم يكن المحل صالحا كالغربة اشترط تعيينه والا فلا وهو خيرة العلامة في التذكرة
ووجهه مركب من القولين السابقين ولكل من الاقوال وجه الا ان الاخير يضعف السابق عليه ويبقى
الاشكال في ترجيح احد الثلاثة واصالة البراءة وحمل الاطلاق في نظائره على موضع العقد يرجح الاول
واختلاف الاغراض وعدم الدليل الدال على تعين موضع العقد في المتنازع يؤيد الثاني ووجه الاخير
ظاهر ولا ريب ان التعيين مطلقا اولى وانا في ترجيح احدها من المترددين بقي هنا امور الاول
موضع الخلاف ما لو كان السلم مؤجلا فلو كان حالا لم يعتبر تعيين المحل قطعا لكان كغيره من البيوع يستحق المطالبة
به في محل العقد او في محل المطالبة ان فارقاه الثاني على القول بعدم اشتراط تعيينه مطلقا
او على بعض الوجوه فكانه موضع العقد ايضا الا ان يعين موضعا آخر فيتعين الثالث
لو عيّنا محلا وقلنا باشتراطه صح العقد وتعين ولو لم يعيّنا بطل ولو لم نشرطه فعيناه تعين
وفاء بالشرط ولو اتفقا على التسليم في غير الموضع المعين جاز وكذا القول لو عينا موضعا غير
ما عينه الشارع الرابع لو كانا في مكان وقصد احدهما مفارقته دون الآخر
فهو كما لو قصداها معا لما ذكر من العلة وان كان كلامهم في التمثيل بخلاف ذلك وكذا لو كان احدهما
غريبا دون الآخر الخامس ليس المراد من البرية وبلد الغربة حقيقتهما خاصة بل هما
على سبيل المثال وانما المعتبر بلدها وما في حكمه مما كانا خارجين عنه وعن ما في حكمه عرفا اعتبر
تعيين المكان عند من اشترطه لاقتضاء الدليل ذلك السادس المعتبر في تشخيص المكان
ذكر محل لا يختلف الحال في جهاته واجزائه عرفا كالبلد المتوسط فما دونه والقطعة من الارض
كذلك بحيث لا تفترق اجزاؤها ولا يحصل كلفة زائدة في جهة منها دون جهة لا اطلاق البلد ولا الموضع
الشخصي الصغير ويجوز بيعه وان لم يقبضه على كراهة هذا اذا كان
مما يكال او يوزن على ما فصل ويجوز الصلح عليه قبل الحلول وبعده وقبل القبض وبعده
على الاقوى بناء على ان الصلح اصل لا فرع البيع ونحوه ولو امتنع قبضه الحاكم

اذا سال المسلم اليه ذلك هذا مع امكانه ومع تعذره يخلي بينه وبينه ويبرئ منه وكذا
يفعل الحاكم لو قبضه ان لم يمكن الزامه بالقبض ولو دفع فوق الصفة وجب قبوله وفي
دفع اكثر لم يجب قبوله بالزيادة الفرق بين العين والصفة ان زيادة الصفة لا تنافي عين الحق
بل يؤكده اذ المفروض كونه مساويا للحق في النوع وغيره ويزيد الصفة اما العين فهي خارجة عن الحق
زائدة عليه فلا يجب قبولها لانها عطية جديدة يمكن تخلصها والحق منها غير متعين وخالف ابن الجنيد
في الاول وسوى بينهما في عدم وجوب القبول عملا بظاهر رواية سليمان بن خالد اذا اشترى
كرا من طعام بمائة درهم وشرط تاجيل خمسين بطل في الجميع على قول اما بطلان المؤجل فظاهر
واما في غيره فلان الثمن المعجل يقابل من المبيع قسطا اكثر مما ياخذه المؤجل لان للاجل قسطا منه والتفاوت
غير معلوم عند العقد فاذا بطل البيع في المؤجل ما قابله المعجل يبطل ايضا ووجه الصحة
امكان العلم بالتقسيط ولو بعد العقد كما لو باع سلعتين وظهرت احدهما مستحقة فان
التقسيط اللاحق كان وان جهل ما يخص كل حالة العقد واقرب منه ما لو باع ما يصح تملكه وغيره
ومن يقدم في بحثهما بوجه البطلان فيهما انضمام علم المشتري بالحال ولو دفع خمسين وشرط
الباقي من دين له على المسلم اليه صح فيما دفع وبطل فيما قابل الدين وفيه تردد قد تقدم
الخلاف في ذلك وما علل به وجه التردد وان المص اختار الصحة على كراهة وهنا
تردد في البطلان والاقوى الصحة في الجميع لو شرطا موضعا للتسليم فتراضيا بقبضه في
غيره جاز وان امتنع احدهما لم يجبر لا فرق في ذلك بين ذكر الموضع شرطا في صحة السلم
وعدمه فان العقد اذا انضبط في اصله جاز التراضي على غير ما عين من الموضع وغيره
اذا قبضه بعد تعيين وبرئ المسلم اليه فان وجد به عيبا فرده زال ملكه عنه وعاد الحق
الى الذمة سليما من العيب اذا قبض المشتري المسلم فيه فوجد به عيبا فلا اشكال لانه
لم يتعين للحق بل عوضا عن الحق الكلي مملوكا له ملكا متزلزلا يتخير معه بين الرضا مجانا فيستقر
ملكه عليه وبين ان يرده فيرجع الحق الى ذمة المسلم اليه سليما بعد ان كان قد خرج عنها

خروجا منه لولا ونبه بقوله عاد على ذلك حيث ان العود يقتضي الخروج بعد ان لم يكن فانه مصير الشي الى ما كان
عليه بعد خروجه ويظهر الفائدة في النماء المنفصل المتجدد بين القبض والرد فانه يكون للقابض لانه نماء ملكه كنظايره
من النماء المتجدد من الخيار اما المتصل فيتبع العين ويتفرع عليه ايضا ما لو تجدد عنده عيب قبل الرد فانه
يمنع من الرد لكونه مضمونا عليه ولم يمكنه بعده رد العين كما وقبضها وبه قطع في التذكرة وزاد انه له
حينئذ اخذ ارش العيب السابق وان لم يكن ثابتا لولا الطاري فان المنع منه انما كان لعدم انحصار الحق
فيه حيث انه امر كلي والمعيب فرد من جملة افراد الحق فلما طرأ العيب المانع من الرد تعين بوله فصار
كالبيع المعين اذا كان معيبا فانه يجوز اخذ ارشه ويتعين عند مانع من رده وربما قيل بالجواز
رده هنا لعدم تعينه ابتداء والعيب الطاري لم يوجب تعينه غايته ما في الباب ان يلزم
بارشه وقد ظهر مما قررناه جواب ما قيل على العبارة من ان زوال الملك عند رده انما يكون
بعد ثبوته والمعيب ليس المسلم فلا يتصل عن المسلم اليه وان عود الحق انما يكون بعد زواله
وهو مستلزم لاحد محذورين اما الحكم بالشيء مع وجود نقيضه او اثبات الحقيقة من
دون لوازمها وذلك لان الحكم بالبراءة ان كان صادقا لزم الاول والا لزم الثاني فانا نلتزم
بان المقبوض معيبا يصلح اداء عن الحق اذا رضي به المستحق لانه من جنس الحق وعيبه
ينجبر بالخيار فيتم الزوال والعود ومن ثم كان النماء له كما بيناه ولا بعد في تحقق الملك متزلزلا لمكان
العيب فاذا علم به كان له الفسخ وطلب السليم ولو فرض انه لم يعلم بالعيب وتصرف فيه وذهب
عينه برئ المسلم اليه من الحق فيما بينه وبين الله تعالى بما زاد على ارش عيبه وفي ثبوت مقدار الارش
في ذمته ما تقدم وما حققناه اجود مما اجاب به الشهيد رحمه الله عن الايراد في بعض
تحقيقاته فان الحكم بالزوال والعود مبني على الظاهر حيث كان المدفوع من جنس الحق وصالحا
لان يكون من جملة افراده قبل العلم بالعيب فاذا علم بالعيب زال ذلك الملك الذي حصل ظاهرا
وان لم يثبت في نفس الامر فصح اطلاق الزوال والعود بهذا الاعتبار وانت خبير بانه لا ضرورة
الى التزام ذلك بل الملك ظاهرا وباطنا غايته انه متزلزل وهو غير مانع منه كنظايره اذا

وجد براس

وجد براس المال عيبا فان كان من غير جنسه بطل العقد وان كان من جنسه رجع بالارش ان شاء وان اختار
الرد كان له انما يبطل العقد مع ظهور العيب من غير الجنس اذا كان ظهوره بعد التفرق وكان الثمن باجمعه
معيبا من غير الجنس او كان معينا اما لو كان في الذمة وتبين العيب قبل التفرق ولم يبطل العقد بل يمكن
ابداله وكذا لو كان بعده والعيب غير مستوعب كما هو الظاهر من العبارة فان العيب غير الجنسي اذا كان
مستوعبا لم يكن المدفوع ثمنا ولا راس مال وان اطلق عليه ذلك لتوهم كونه هو واذا كان من
الجنس فانما يرجع بالارش كما ذكره مع تعينه اما مع اطلاقه فله ابداله قبل التفرق وبعده على
اشكال يعلم من الكلام على نظيره في باب الصرف وجملة اقسام المسئلة ان العيب اما ان يكون من
الجنس او من غيره ثم اما ان يكون في جملة الثمن او في بعضه ثم اما ان يظهر قبل التفرق او بعده ثم اما ان يكون
الثمن معينا او كليا فالاقسام ستة عشر وجها وحكمها قد علم مما اسلفناه هنا وفي باب الصرف فان
رده بطل العقد وان كان بعد التفرق اذا اختلفا في القبض هل كان قبل التفرق او بعده فالقول
قول مدعي الصحة انما قدم مدعي الصحة مع انها معارضة باصالة عدم القبض قبل التفرق لان هذه
الاصالة معارضة باصالة عدم التفرق قبل القبض المتوقع على وقوعه فيتساقط الاصلان ويحكم
باستمرار العقد وفي الحقيقة لا نزاع بينهما في اصل الصحة وانما النزاع من طرف المفسد والاصل عدمه
وهذا بخلاف ما لو اختلفا في اصل قبض الثمن فان القول قول منكر القبض وان تفرقا واستلزم
بطلان العقد لانه منكر لقبض ماله الذي هو الثمن الثابت عند المسلم اليه ولانهما اتفقا فيها على
صحة العقد في الجائز وانما الخلاف في طرف المفسد وحيث كان الاصل عدم القبض كان المقتضي
للفساد قائما وهو التفرق قبل القبض فلا يقدح فساد العقد به حيث انه مترتب على ما هو
الاصل مع تحقق الصحة سابقا وليس هذا من باب الاختلاف في وقوع العقد صحيحا
او فاسدا ومثله ما لو اختلفا في قبض احد عوضي الصرف قبل التفرق ولو اقام كل منهما
في المسئلة الاولى بينة بني على تقديم بينة الداخل وهو هنا مدعي الصحة او الخارج والاجود
الثاني وقدم العلامة هنا بينة الاول لقوة جانبه بدعوى اصالة عدم طرف المفسد

ولكون دعواه مثبتة والاخرى نافيه وبينة الاثبات مقدمة   ولو قال البايع قبضته ثم
رددته اليك قبل التفرق كان القول قوله مع يمينه مراعاة لجانب الصحة المراد انهما اتفقا الآن على كون الثمن
في ذمة المشتري او عنده ولكن اختلفا في كون ذلك على وجه مفسد للعقد بان لا يكونا تقابضا اصلا او على
وجه مصحح بان يكون البايع قبضه ثم رده اليه والمصنف هنا قدم قول البايع ترجيحا لجانب الصحة مع ان الاصل
عدم القبض ايضا وبحقق صحة العقد سابقا كما مرّ ويمكن ان يقال ح تعارض الاصلان فيحصل الشك
في طرف المفسد والاصل عدمه فيتمسك باصل الصحة كذلك لكونه سعى في السبب شيء وهو ان دعوى البايع
الرد غير مقبوله كنظايرها اذ لا دخل لها في الصحه وانما قدم قوله في اصل القبض مراعاة لجانبها وح فيقبل قوله
في القبض فهل له مطالبة المشتري بالثمن يحتمل عدمه لما قلناه من ٭ قوله في الرد مع اعترافه بحصول القبض
ويحتمل جواز المطالبة لاتفاق المتبايعين على ٭ الثمن عند المشتري الان اما على دعوى البايع فظاهر واما
على دعوى المشتري فلاعترافه بعدم ٭ فاذا قدم قول البايع في صحة العقد الزم المشتري بالثمن
ويشكل ح بان المشتري لا يعترف ٭ في ذمته لدعواه فساد البيع فلا يبقى الا دعوى البايع وهي مشتملة
على الاعتراف بالقبض ودعوى ٭ مقبوله في الثاني والمسئلة موضع اشكال ولعل عدم قبول قوله في الرد
اوجه   ولو اخر المسلم لعارض ثم طالب بعد انقطاعه كان بالخيار بين الفسخ والصبر ٭
لو كان تاخير المسلم باختيار المشتري مع بذل البايع له فانه لا فسخ له لاستناده الى تقصيره ولكن
ما لو كان التاخير من جانب البايع خاصه والحق حينئذ ان الخيار يثبت للمشتري كما لو كان البايع لا سبيل له
في الحق بالنسبة اليه ولا فرق بين ان يطالب بالاداء وعدمه نعم لو رضي بالتاخير ثم عرض المانع فالمتجه
سقوط خياره كما مرّ وتخييره بين الامرين خاصة هو المشهور ولها اخبار بعضها صحيح وحينئذ
فلا يلتفت الى انكار ابن ادريس الخيار وزاد بعضهم ثالثا وهو ان لا يفسخ ولا يصبر بل ياخذ قيمته الآن
وهو حسن لان الحق هو العين فاذا تعذرت يرجع الى القيمة حيث يتعذر المثل والخيار ليس على
الفور لاصالة العدم وح فلا يسقط بالتاخير بل لو صرح بالامهال كالاقوى عدم سقوط خياره وتوقف
في الدروس ولو كان الانقطاع ببلده خاصه وامكن تحصيله من غيرها فان قلنا بوجوب تعيين البلد

فلا كلام

فلا كلام اذ لا يجب قبوله غيره فلا يجب المطالبة به ولا يوجب قبولها وان لم يوجب مطلقا او على بعض الوجوه
فان بذله البايع باختياره والا لم يجبر عليه مع المشقه ويتخير مع عدمها وفي حكم انقطاعه بعد الاجل
مع العارض موت المسلم اليه قبل الاجل ووجود المسلم فيه وفي الحاق ما لو تبين العجز قبل الحلول عند
الاداء بعده فيتخير الخيار او يتوقف على الحلول وجهان اجودهما الثاني لعدم وجود المقتضي الآن
اذا لم يستحق شيئا ح   ولو قبض البعض كان له الخيار في الباقي وله الفسخ في الجميع المراد انه يتخير بين
ثلثة اشياء الصبر وانما تركه لوضوحه والفسخ في الجميع هربا من تبعض الصفقة التي هي عيب اذ المسلم فيه
انما هو المجموع وقد تعذر وفي المتخلف خاصة لانه الذي يتعذر فله الرجوع الى ثمنه لان الصبر ضرر
لا يلزم به ولحسنة عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلم فان اختار الثالث فالاصح ان
للبايع الفسخ ايضا لتبعض الصفقة عليه ايضا ان لم يكن التاخير بتفريطه والا فلا خيار له وما تقدم
من التخيير اخذ القيمة الان مع ما ذكرت هنا   اذا دفع الى صاحب الدين عروضا على انها قضاء
ولم يساعره احتسب بقيمتها عند القبض لان جعلها قضاء يقتضي كونها من جنس الدين فلما لم يكن
عند الدفع الذي هو وقت القضاء من جنسه فلا بد من احتسابها على وجه يصير من الجنس
وذلك باعتبار قيمتها يومئذ سواء كانت قيمته او مثليه ولو كان الدين من غير النقد الغالب
احتسب به ايضا يوم دفع العرض قضاء ويدخل في ملك المدين بمجرد القبض وان لم يساعره عليه
في الموضعين ولا يختص ذلك بباب السلم بل ذكر هذه المسئلة في باب الدين اولى وهذا الحكم مع الاتفاق
عليه مروي في ٭ الصفات   يجوز بيع الدين بعد حلوله على الذي هو عليه وعلى غيره
احترز ببعديته الحلول عما قبله فلا يصح بيعه ح اذ لا يستحقها والبايع في الذمة ح ويشكل
بانه حق مالي الى آخر ما يعتبر في المبيع فينبغي ان يصح بيعه على حالته الذي هو عليها وان لم يجز
المطالبه به قبل الاجل وهو خيرة التذكرة وربما اشكل بعدم امكان قبضه الذي هو شرط صحة
البيع ويندفع بمنع اشتراط امكان القبض حين العقد بل امكانه مطلقا ويمكن تحققه بعد الحلول
كما لو باعه عينا غايبة منقوله لا يمكن قبضها الا بعد مضي زمان يمكن فيه الوصول اليها ونبّه

بقوله وعلى غيره على خلاف ابن ادريس رحمه الله حيث منع من بيعه على غير الغريم وهو ضعيف • فان باعه بما هو حاضر صح وان باعه بمضمون حال صح ايضا وان اشترط تاجيله قيل بطل لانه بيع دين بدين وقيل يكره وهو الاشبه اراد بالحاضر المتشخص سواء كان حاضرا حين العقد ام لا وبالمضمون ما في الذمة ولا اشكال في جواز بيعه بالمضمون الحال اذ لا يصدق عليه بيع الدين بالدين ولا بيع الكالي بالكالي لان المراد به على ما فسره به اهل اللغة بيع المضمون المؤجل بمثله واما بيعه بمؤجل فقد ذهب جماعة الى المنع منه اعتمادا على ان المؤجل يقع عليه اسم الدين وفيه انهم ان ارادوا اطلاق اسم الدين عليه قبل العقد وحالته فظاهر منعه لانه لا يعد دينا حتى يثبت في الذمة ولا يثبت الا بعد العقد فلم يتحقق بيع الدين بالدين وان ارادوا انه دين بعد ذلك لزم مثله في المضمون الحال ولا يقولون ببطلانه واما دعوى اطلاق اسم الدين على المؤجل قبل ثبوته في الذمة دون الحال فهو تحكم والحق ان اسم بيع الدين بالدين لا يتحقق الا اذا كان العوضان معا دين قبل المعاوضة كما لو باعه الدين الذي في ذمته بدين له آخر في ذمته او في ذمة ثالث او تبايعا دينا في ذمة غريم لاحدهما بدين في ذمة آخر غريم للآخر ونحو ذلك لاقتضاء الدين بنفسه عوضا والمضمون الذي لم يكن ثابتا في الذمة قبل ذلك لا يعد جعله عوضا بيع بدين واما ما يقال اشترى فلان كذا بالدين من مدين به ان الثمن في ذمته لم يدفعه فهو مجاز يريدون به ان الثمن بقي في ذمته دينا بعد البيع ولولا ذلك لزم مثله في الحال لاطلاقهم فيه ذلك نعم الدين المبيع يطلق عليه اسم الدين قبل حلوله وبعده فلا بد في المبيع من دين آخر يقابله فظهر ان ما اختاره المصنف من جواز ذلك على كراهة اوجه وانما كره خروجا من خلاف من منعه منه

ولو سلف في غنم وشرط اصواف نعجات معينة قيل يصح وقيل لا وهو اشبه القول بالمنع لابن ادريس وهو مبني على المنع من بيع الصوف على ظهور الغنم استقلالا او لابتناء على انه موزون لم يعلم كميته وقد تقدم الكلام فيه وان الاقوى الجواز مع المشاهدة ويمكن بناؤه ايضا على اشتراط الاجل في عقد السلم والاصواف المعينة هنا حالة فيكون بعض السلم حالا وابن ادريس صرح بالمنع منه ايضا والاصل ممنوع ولو سلم فاشتراط الاوصاف هنا ليس سلما بل شرط فيه وهو جائز كما تقدم في صدر المسألة من جواز شرط المعلوم مع السلم وهو هنا كذلك وح فالجواز مع مشاهدة الصوف وشرط

جزه

جزه حالا والاطلاق قوى ولو شرط تاجيل الجز الى اجل فلا ريح اما ان شرط دخول المتجدد اولا وفي الاول يحتمل الصحة لانه شرط مضبوط وقد صرح جماعة من الاصحاب بجواز مثل ذلك في الصوف واللبن استقلالا ونحن فيما سلف شرطنا فيه كون المجهول تابعا للآخر لا اشكال انضمام الشرط وفي الثاني يبنى على امرين احدهما ان شرط تاجيل الثمن اذا كان عينا هل هو جائز ام لا والحق جوازه بل ادعى عليه في الدروس الاجماع ومثله الثمن المعين والثاني ان اختلاطه بمال البائع بالمبيع هل هو مانع من صحة البيع ام لا ولا شبهة في عدم منعه وقد تقدم نظيره فيمن اشترى لقطة او جزة واخر قطعها فامتزجت بمال البائع وح يطريق التخلص الصلح وهذه الوجوه كلها متوجهة شرعا الا انها غير محررة في كلامهم وانما ذكروا اصل المسألة واختلفوا فيها نعم ذكر بعض المتاخرين هنا ان شرط تاجيل الجز الى امد السلف باطل يوما واحدا وكانه نظر الى ظاهر موقع الخلاف فيه والا فدعوى الاجماع هنا في صورة المنع ولو شرط ان يكون الثوب من غزل امرأة معينة او الغلة من قراح بعينه لم يضمن اي لا يصح السلم ولا يضمن المسلم فيه لان الضمان لازم للصحة فاطلق اللازم واراد الملزوم ووجه عدم الصحة امكان ان لا يتفق ملك المرأة بان تمرض او تموت او يترك العمل امكانا ناسيا وبالبعضه وكذا القراح يمكن ان يحبس او لا يظهر منه ما يطابق الوصف والضابط اعتبار ما لا يتخلف عند المسلم فيه عادة كالبلد الكبير بالنسبة الى الارض والاهل الاقالة جعل الاقالة من مقاصد السلف غير حسن فانها لا تختص به بل ولا بباب البيع لجريانها في سائر العقود المعوضة من الجانبين بالمال وكان الاولى جعلها قسما برأسه بعنوان خاص كما لشيء تهيئته لباب البيع حيث انه الركن الاعظم لتعلقها وابعد منه جعل العرض ودين المملوك من مقاصد السلف ايضا كما سيأتي ولقد كان الصواب جعله كتابا منفردا لا من فصول البيع ومقاصده وفصلا من السلف وهي فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما نبه بقوله فسخ على خلاف بعض العامة حيث زعم انها بيع مطلقا وعلى بعض آخر حيث زعم انها بيع بلفظ الاقالة وفسخ ان وقعت بلفظها فلحقوها احكامها وبقوله في حق المتعاقدين وغيرهما على خلاف بعضهم ايضا حيث زعم انها بيع بالنسبة الى الشفيع خاصة فيستحق

الشفعة بها وان كانت فسخا في حق المتعاقدين وبطلانه ظاهر اذ لا يطلق عليها اسم البيع في جميع الصور وللبيع
الفاظ خاصة ليست منها وصيغتها ان يقول كل منهما تقايلنا او تفاسخنا او يقول احدهما اقلتك فيقبل الآخر
ولا فرق في ذلك بين النادم وغيره ولا يكفي التماس احدهما عن قبوله ولا يعتبر فيهما سبق الالتماس بل لو ابتدا احدهما
بالصيغة فقبل الآخر صح   ولا يجوز الاقالة بزيادة عن الثمن ويبطل بذلك لما كانت الاقالة فسخا مقتضيا
رجوع كل عوض الى صاحبه فاذا شرط فيها زيادة او نقصان في احد العوضين فقد شرط فيها ما يخالف مقتضاها
فيفسد الشرط ويترتب عليه فسادها كما في كل شرط فاسد لانهما لم يتراضيا على الفسخ الا على ذلك الوجه ولم يحصل
ولا فرق في المنع من الزيادة والنقيصة بين العينية والحكمية فلو اقاله على انه ينظره بالثمن او ياخذ الصحاح
عوض المكسرة ونحوه لم يصح   ويصح الاقالة في العقد وفي بعضه سلما كان او غيره   نبه بالتسوية بين السلف
وغيره على خلاف بعض العامة حيث منع من الاقالة في بعض السلم لانه صح نصره سلما وبيعا وقد نهى النبي
صلى الله عليه وآله عنه وبطلانه ظاهر واطلاق الاذن في الاقالة بل استحبابها يشمل الكل والبعض ومتى تقايلا
في البعض اقتضى تقسيط الثمن على المثمن فيرجع في نصف المبيع بنصف الثمن وفي ربعه بربعه وهكذا
ولا تثبت الشفعة بالاقالة لانها ليست بيعا بعد تقديم الكلام في ذلك وهذا بمنزلة التفريع على ما سبق
من الحكم على انها ليست بيعا في حق المتعاقدين وغيرهما كما ان الخصم منع الثبوت على ما حكم به   ولا يسقط
اجرة الدلال بالتقايل المسبوق بالاستحقاق اي استحقاق الاجرة فانه على السعي المتقدم وقد حصل
ومثله اجرة الكيال والوزان والناقد   فان كان موجودا اخذه وان كان مفقودا ضمن مثله
ان كان مثليا والا قيمته ونبه وجه آخر مدخل في الوجود ما حصل له نماء منفصل فانه لا يرجع به بل
باصله اما المتصل فيتبع الاصل والولد منفصل وان كان حملا اما اللبن في الضرع ففي كونه متصلا
نظر واما الصوف والشعر قبل الجز فالظاهر انه متصل مع احتمال كونه كاللبن ولو وجده معيبا اخذ
ارش عيبه مطلقا لان الجزء الفائت بمنزلة التالف مضمون كما يضمن الجميع ولو وقعت الاقالة بعد ان
احدث المشتري حدثا فما وقع منه باعيان من عنده فهي له ولو كانت من المبيع فان زاد بفعله كالعمارة
فهي للبائع وللمشتري ما زاد بفعله بان يقوم قبل الاحداث وبعده ويرجع بالتفاوت والمعتبر في قيمة القيمي

يوم تلف

يوم تلف العين كنظايره لان الضمان متعلق بالعين ما دامت فاذا تلفت تعلق بقيمتها يومئذ مع احتمال
اعتبار يوم القبض او يوم الاقالة والاعلى والوجه الاخر الذي اهمله المص هو ان القيمي يضمن بمثله ايضا وهو ضعيف
المقصد الخامس في القرض هو بفتح القاف وكسرها   وهو عقد يشتمل على ايجاب الخ لا شبهة
في اشتراط الايجاب والقبول فيه بالنسبة الى حصول الملك ان قلنا انه يملك بهما او بالقبض ولو قلنا بتوقف الملك
على التصرف كان فيه بمنزلة الاباحة فيبقى ان لا يتوقف على العقد الا ان يقال انه يترتب الاثر بعد التصرف
على الوجه الآتي المغاير للاباحة يتوقف على ما يدل عليه وهو العقد وعلى القول بالاكتفاء في البيع بالمعاطاة
يكتفي بها هنا بطريق اولى من حيث انه عقد جائز يدخله من الرخص ما لا يدخل العقد اللازم وعلى هذا
فالمعاطاة تفيد فيه اباحة التصرف هنا بانه لا معنى للعقد الجائز الا ما يفيد جواز رجوع كل واحد
منه وهذا المعنى حاصل وان كانت الصيغة تامة ويمكن اخذ عدم الجاذة هنا فانه انما يفيد
وجوب تخلص المقترض من حق المقرض بمطالبته ببدل العين او بغيرها كما سيأتي وليس ذلك فسخا للعقد
في الحقيقة بل مطالبة بالحق الثابت في الذمة نعم على القول بوجوب رد العين الباقية لو طلبها
المالك يتجه كونه عقدا جايزا محضا لكن سيأتي ضعفه ومعه يشكل كونه عقدا جايزا فان مطالبة
المقرض للمقترض بما في ذمته متى شاء او اخر عدم كون العقد جائزا او لازما   او ما يؤدي معناه
مثل تصرف فيه او انتفع به وعليك رد عوضه من المؤدي لمعناه خذ هذا واصرفه او تملكه
او ملكتك او اسلفتك ونحوه وعليك رد عوضه او مثله ونحو ذلك والحاصل ان صيغته
لا تنحصر في لفظ كالعقود الجايزة بل كل لفظ دل عليها كفى الا ان اقرضتك صريح في معناه فلا يحتاج
الى ضميمة عليك رد عوضه ونحوه وغيره يحتاج اليها فلو تركها وكان بلفظ التمليك افاد الهبة
وان لم يطلع على قصده لانه صريح فيها وان كان بلفظ السلم ونحوه كان فاسدا لا يترتب عليه
حكم عقد لانه حقيقة في السلم ولم يجمع شرائطه وان كان بغيره من تلك الالفاظ الدالة على
الاباحة فهو هبة مع قصد الموجب لها لا بد وفيه كما سيأتي ان شاء الله تعالى
فلو اختلفا في القصد فالقول قوله لانه ابصر به اما لو اختلفا في قصد الهبة مع تلفظه

بالتمليك فقد قطع في التذكرة بعدم قول صاحب المال مصححا بانه اقر بلفظه والاصل عصمة ماله وعدم
التبرع ووجوب الرد على الآخذ لقوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدي ومن ثم احتمل
تقديم الهبة قضية للظاهر من ان التمليك من غير عوض هبة وتوقف في القواعد ويشكل ما احتج
به على الاول بان لفظ التمليك حقيقة في الهبة لانه تمام مفهومه الشرعي واما كونه بمعنى القرض فيفتقر الى
ضميمة اخرى فيكون جزء مفهومه فاطلاقه عليه معنى مجازي لا يصار اليه الا بقرينة والفرض انتفاؤها
ولا شبهة في ان دعوى خلاف الظاهر والحقيقة في سائر العقود لانه الثقات اليها والقصد وان كان
معتبرا الا ان الظاهر في الالفاظ الصريحة اقترانها بالقصد فيحمل الاقرار عليه ومن هنا اجمعوا على انه ادعى
عدم القصد الى البيع ونحوه مع تصريحه بلفظه لم يلتفت اليه وبهذا اظهر ضعف ما في ادلته فان
اصالة العصمة قد انقطعت بما وقع من اللفظ الصريح ومثله القول في الحديث فان مع وجود السبب
الناقل للملك شرعا الرافع للضمان خرج موضع النزاع من ذلك وعلى قبول وهو اللفظ الدال على الرضا
بالايجاب ولا ينحصر في عبارة الكلام كما مر في ان ذلك شرط في صحة العقد على وجه يترتب عليه جميع
ما يأتي من آثاره ولا ينافي وقوعه معاطاة على ذلك الوجه وهل يقوم القبول الفعلي هنا مقام القولي الظاهر
ذلك بالنسبة الى اباحة التصرف وفي الاكتفاء به في تمام الملك نظر وقطع جماعة بالاكتفاء مطلقا
وفيه وجه آخر لا شبهة في ثبوت الاجر فيه لما فيه من معونة المحتاج كما ذكر
والمعاونة على البر وكشف كربة المسلم وقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من كشف
عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيمة وعن الصادق
عليه السلم قال قال النبي صلى الله عليه وآله الف درهم اقرضها مرتين احب الي
من ان اتصدق بها مرة وروي ان درهم الصدقة بعشرة ودرهم القرض بثمانية عشر الى غير
ذلك من الاخبار الدالة على عظم ثوابه وتنكير الاجر اما للتعظيم من قبيل له حاجب
في كل امر يشينه او للتكثير من قبيل ان له لابلا وان له لغنما وفي ظاهر الخبر الاخير تدافع
وطريق التأليف حمل الصدقة خاصة كالصدقة على الارحام والعلماء والاموات والمرجوح

على غيرها

على غيرها فقد روي انها على اقسام كثيرة منها ما اجره عشرة ومنها ما اجره سبعون ومنها ما اجره سبعمائة
الى سبعين الفا وقد روي ايضا ان القرض افضل من الصدقة بمثله في الثواب ذكره الشيخ رحمه الله
ونقله في كتب الفقه جماعة منهم العلامة في كتبه وهو يحتمل امرين احدهما وهو الظاهر ان الجار
في بمثله يتعلق بافضل والمعنى ان القدر المقرض افضل من القدر المتصدق به بمقدار مثله في الثواب فالصدقة
لما كان القدر المعروف من ثوابها والمشترك من جميع افرادها بمقدار مثله في القرض مثلا بعشرين الا انه
يرجع الى ثمانية عشر يوافق الخبر السابق وذلك لان الصدقة بدرهم مثلا ما صارت عشرة وحصلت
لصاحبها حتى اخرج درهما ولم يعد اليه فالثواب الذي كتبه في الحقيقة تسعة فيكون القرض ثمانية
عشر لانه افضل منه بمثله لان درهم القرض يرجع الى صاحبه والمفاضلة انما هي في الثواب المكتسب
وعلى هذا فالجار في قوله في الخبر في الثواب يتعلق بافضل ايضا لان المفاضلة في الحقيقة ليست الا فيه
وان كان الحكم جاريا على القرض والصدقة الا ان الثواب لازم لهما فالقدر مثل المتصدق به يستلزم
القدر مثل ثوابه وح فلا يرد ما قيل من انه على هذا القدر يستلزم استدراك قوله في الثواب
لا يكون الا باعتباره فانه على تقدير تسليمه يجوز كون القيد لبيان الواقع من قبيل يطير بجناحيه ومن ان المفاضل فيه وهو مقدار ثواب المتصدق به لا مقدار مثله لما نشأ ه
من التلازم بينهما والامر الثاني ان الجار في قوله بمثله يتعلق بالصدقة فيكون المعنى ان
القرض بشيء افضل من الصدقة بمثل ذلك في الثواب يتعلق بافضل وانما يدل على رجحان
القرض على الصدقة مطلقا الا على مقدار الرجحان وهو محتمل بحسب اللفظ الا ان الاول الطف
واوفق بمناسبة الآخر ويشتمل على نشر لطيف وبلاغة في الكلام مناسبة لحال الكلام الصادر
من مشكاة النبوة التي اوتيت جوامع الكلم واعلم ان تحقق اصل الثواب في
القرض فضلا عن افضليته يوجب انما يكون مع قصد المقرض بفعله وجه الله تعالى كما في نظائره
من الطاعات التي يترتب عليها الثواب فلو لم يقصد هذا القصد سواء قصد غيره من الاغراض الدنيوية
والربائية ام لم يقصد لم يستحق [illegible] القرض فلو شرط

النفع حرم الخ الاولى كون الاقتصار خبر مبتدأ محذوف بعد بره وشرطه الاقتصار ونحوه فيكون عطف
جملة اذ لم يتقدم من المفردات ما يحسن عطف هذا المفرد عليه سيما سريع قوله فلو شرط النفع حرم عليه
ويكون عليه للاجرة وذلك لا يسلم الحكم بتحريم شرط النفع وهو واضح
فلو شرط النفع حرم ولم يفد الملك هذا الحكم اجماعي ومستنده ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله
انه قال كل قرض يجر منفعة فهو حرام والمراد مع الشرط اذ لا خلاف في جواز التبرع بالزائد وغيره
من الاخبار ولا فرق في النفع بين كونه عينا وصفة ولا بين الربوي وغيره عندنا لاطلاق النصوص وكان
القرض من المقرض مجرد الارفاق والاحسان بخلاف البيع ومتى فسد العقد لم يجز للمقترض اخذه فلو
قبضه كان مضمونا عليه كالبيع الفاسد للقاعدة المشهورة ان كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
خلافا لابن حمزة هنا فانه ذهب الى كونه امانة وهو ضعيف نعم لو تبرع المقترض بزيادة في
العين او الوصف جاز لا فرق في الجواز بين كون ذلك من نيتهما وعدمه ولا بين كونه معتادا او عدمه
بل لا يكره قبوله للاصل ولاطلاق النصوص بذلك وقد روي ان النبي صلى الله عليه وآله اقترض
بكرا فرد بازلا رباعيا وقال ان خير الناس احسنهم قضاء وروي مثله كثيرا عن الصادق
عليه السلام ان القرض الذي يجر منفعة اذا اقترض لذلك فاذا كانت الزيادة حكمية كما لو دفع الجيد
بدل الردي او الكبير بدل الصغير كما صنع النبي صلى الله عليه وآله ملكه المقترض ملكا مستقرا بقبضه
وكان ما جمعه استيفاء وان كانت عينية كما لو دفع اثني عشر من عليه عشرة ففي كون
المجموع وفاء كالحكمية بناء على انه معاوضة عما في الذمة غايته كونه متفاضلا وهو جائز بالشرط
وهو عدم الشرط او يكون الزائد بمنزلة الهبة فيلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه على بعض الوجوه
الآتية التفاتا الى ان الثابت في الذمة انما هو مقدار الحق فالزائد تبرع خالص واحسان
محض وعطية مفردة احتمالان ولم اقف فيه على شيء ولعل الثاني اوجه خصوصا مع
حصول الشك في انتقال الملك عن مالكه على وجه اللزوم ولو شرط الصحاح عوض المكسرة
قيل يجوز والوجه المنع هذا الشرط جزئي من جزئيات ما تقدم وقد عرفت فساد شرط

في القرض

في القرض والقول بالجواز هنا واخراج هذا الفرد من القاعدة للشيخ رحمه الله في النهاية وتبعه عليه جماعة استنادا
الى صحيحة يعقوب بن شعيب قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الدراهم الغلة فيأخذ منه الدراهم
الطازجية طيبة بها نفسه قال لا بأس وذكر ذلك عن علي عليه السلام ولا يخفى بعده عن الدلالة على المدعى
اذ ليس فيه انه شرط ذلك بل الظاهر منها ذلك جمعا وقد تقدم جواز اخذ الزائد قدرا ووصفا مع عدم الشرط
وح فالقول ضعيف والمراد بالطازج الخالص وبالغلة غيره وقد تقدم في الصرف فيجوز اقراض الذهب
والفضة وزنا والحنطة والشعير كيلا ووزنا الضابط في المثلي اعتبار ما يعتبر في السلم من الكيل والوزن والعدد
فيجوز اقراض المكيل وزنا لانه اضبط والموزون كيلا مع عدم الاختلاف المؤدي الى الجهالة بان يكون قطعا كبارا
تتجافى في المكيال ونحو ذلك وح فلو اقرض المقدر غير معتبر لم يفد الملك ولم يجز التصرف فيه وان اعتبر بعد ذلك
ولو تصرف فيه مثل الاعيان ضمنه ويتخلص منه بالصلح كما هو وارد في كل ما يجهل قدره ويأتي الخلاف في
بعض الموارد التي لا يصح السلم فيها لعدم انضباطها بالوصف والخبز وزنا وعددا لا شبهة في جواز
اقراض الخبز وزنا لانضباطه وانما الكلام في العدد فعندنا انه جائز ايضا للعادة ولرواية الصباح بن سيابة
عن الصادق عليه السلام ويظهر من التذكرة انه عندنا اجماعي ويغتفر التفاوت اليسير المتسامح بمثله
عادة ومثله البيض والجوز وشرط في الدروس في جواز اقراض الخبز عددا عدم علم التفاوت
والا اعتبر وزنا وينبغي تفسيره بتفاوت لا يتسامح به عادة لا مطلق التفاوت لتحققه غالبا
والرواية مصرحة بالجواز معه وكل ما يتساوى اجزاؤه يثبت في الذمة مثله كالحنطة
اشار بذلك الى ضابط المثلي وهو ما تساوي اجزاؤه في القيمة والمنفعة وتقارب صفاته
بمعنى ان قيمة نصفه تساوي قيمة النصف الآخر وتقوم مقامه في المنفعة وتقاربها
في الوصف وهكذا كل جزء بالنسبة الى نظيره لا مطلقا وذلك كالحبوب والادهان وقد جرت العادة
بحصول ذلك في باب الغصب الا ان المصنف رحمه الله اشار هنا الى الفرق لمكان الحاجة اليه ولاختلاف
في اعتبار المثل مع وجوده ومع عدمه ينتقل الى القيمة وفي اعتبارها يوم القرض او التعذر او المطالبة
اوجه اوجهها الاخير لانه وقت الانتقال الى القيمة اذ الثابت في الذمة انما هو المثل الى ان

يطالب به ووجه الثاني انه وقت الانتقال الى البدل الذي هو القيمة وبه التعذر بمجرده لا يوجب
الانتقال الى القيمة لعدم وجوب الدفع حينئذ فيستصحب الواجب الى ان يجب دفعه بالمطالبة فحينئذ
لم يوجد الا ان ينتقل الى قيمته   وما ليس كذلك يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم ولو قيل يثبت
مثله ايضا كان حسنا   الكلام هنا في موضعين احدهما ان الواجب في عوض القيمي والمختلف
اجزاؤه في القيمة والمنفعة كالحيوان ما هو اقوال احدها وهو المشهور قيمته
مطلقا لعدم تساوي جزئياته واختلاف صفاته فالقيمة فيه اعدل وهو قول الاكثر وثانيها
ما مال اليه هنا ولعله افتى به الا انه لا قائل من اصحابنا كما يشعر به قوله ولو قيل وهو ضمانه بالمثل
مطلقا لان المثل اقرب الى الحقيقة وقد روي ان النبي صلى الله عليه وآله اخذ قصعة امرأة كسرت
قصعة اخرى وحكم بضمان عائشة اناء حفصة وطعامها لما كسرته وذهب الطعام بمثلهما
والخبران عاميان ومع ذلك فيهما حكاية حال لا تعم فلعل الغريم رضي بذلك وعورضا بمطلق الضمان
وعورضا بحكمه صلى الله عليه وآله بالقيمة في معتق الشقص وثالثها ضمان المثل الصوري
فيما يضبطه الوصف وهو ما يصح السلم فيه كالحيوان والثياب وضمان ما ليس كذلك بالقيمة كالجواهر
اختاره في التذكرة محتجا على الاول بان النبي صلى الله عليه وآله استقرض بكرا ورد بازلا
وانه استقرض بكرا فامر برد مثله وفيه مع تسليم صحة السند ان مطلق الدفع اعم من الوجوب
ولا شبهة في جواز ذلك مع التراضي كيف وقد زاده خيرا فيما دفع وما ارتجيه لو صح لم يقع اذ لم يسهل
ذلك بلا علم يحصل ابراءه به بل يجوز كونه مشروطا بالتراضي والاقوى المشهور والثاني على تقدير
اعتبار القيمة مطلقا او على بعض الوجوه فالمعتبر قيمته وقت التسليم على ما اختاره المص
هنا لانه وقت الملك بناء على ان الاقوى تحققه بالقبض ويكون وقت الثبوت في الذمة
وليس بواضح اذ الانتقال اليها قبل القبض عنده ولعله يجوز في اطلاق القرض على القبض بناء
على الغالب من اتصال القبض باللفظ الدال على القرض الذي هو الايجاب ومن ان القبول
بناء على الاكتفاء بالفعل كما اختاره وهو الغالب في العادة يكون القرض مستلزما للقبض عادة

او غالبا

او غالبا وقيل الاعتبار بالقيمة وقت التصرف بناء على انتقال الملك به وسيأتي ولا اعتبار بقيمته
يوم المطالبة هنا قولا واحدا الا على القول بضمانه بالمثل ويتعذر فيعتبر يوم المطالبة كالمثلي على اصح
الاقوال وقد تقدم   ويجوز اقراض الجواري لا خلاف عندنا في جواز اقراض الجواري للاصل والضبط
وجواز السلف فيهن فجاز قرضهن كالعبيد وخالف في ذلك العامة مع اطباقهم على جواز اقراض
العبد والجارية التي لا يحل للمقرض وطؤها بنسب او رضاع او مصاهرة وحيث جاز اقراضها يحل وطؤها
بالقبض كما يحل حينئذ غيره من المنافع ان قلنا بانتقال الملك بالقبض ولو وقفناه على التصرف لم يحل ولو
كانت ممن ينعتق عليه عتقت ايضا بناء على ذلك واما ارتجاعها بعد الوطء مع فقد المماثلة مبني على ما سلف
من ضمان القيمي بمثله او بقيمته واولى بالجواز لو رد العين لان الانتقال الى القيمة انما وضع بدلا عن العين
اذا امكنت ببدل المقترض كانت اقرب الى الحق من القيمة وكذا القول في غيرها ، وهل يجوز اقراض
اللآلي قيل لا وعلى القول بضمان القيمة ينبغي الجواز   القول بعدم الجواز للشيخ في المبسوط
بناء على ان الوصف لا يضبطه وهو يتم على القول بالقيمة فيه او مطلقا فالقول بالجواز احوط لانضباطها
بالقيمة وعلى هذا هل يعتبر في صحة القرض العلم بقيمته عنده ليضبط حال العقد فان ذلك بمنزلة
تقدير ما يقدر بالكيل او الوزن ام يكفي في جواز اقراضه مشاهدته على حد ما يعتبر في جواز
بيعه ويبقى اعتبار القيمة بعد ذلك امرا وراء الصحة على المقرض معرفتها مراعاة لبراءة ذمته
حتى لو اختلفا في القيمة فالقول قوله وجهان واطلاق كلام الاصحاب يدل على الثاني وللاول
وجه وربما كان به قايل   القرض يملك بالقبض لا بالتصرف لانه فرع الملك فلا يكون مشروطا
به هذا هو المشهور بين الاصحاب وكثير منهم لم يذكر فيه خلافا وقيل لا يملك الا بالتصرف
ونسبه الشهيد في بعض حواشيه الى الشيخ وفي الدروس نسب الشيخ الى المشهور وحكى الآخر
بلفظ قيل ووجه الاول ما اشار اليه المص من ان التصرف فرع الملك وتابع له فيمتنع كونه شرطا
فيه والا لزم كون الشيء الواحد سابقا على آخر ولاحقا له وهو دور ورد بتوجيه آخر
وهو ان التصرف فيه لا يجوز حتى يصير ملكا لقبح التصرف في مال الغير ولا يصير ملكا له حتى يتصرف فيه

فيلزم توقف التصرف على الملك والملك على التصرف وفيه نظر واضح لمنع تبعية التصرف للملك
مطلقا وتوقفه عليه بل يكفي في جواز التصرف اذن المالك فيه كما في غيره من المأذونات ولا شك ان الاذن
للمقترض حاصل من المالك بل لا بد من ايجاب المقرض بالقبول فيكون ذلك سببا تاما في جواز التصرف وناقصا في افادة
الملك وبالتصرف يحصل تمام سبب الملك ثم ان كان التصرف غير ناقل للملك واكتفينا به فالامر واضح وان
كان ناقلا افاد الملك الضمني قبل التصرف بلحظة يسيرة كما في العبد المأمور بعتقه عن الآمر عن المالك بل
نقل في الدروس عن هذا القائل يجعل التصرف كاشفا عن سبق الملك مطلقا وعلى هذا فلا اشكال من هذا
الوجه ويؤيد هذا القول اصالة بقاء الملك على اصله الى ان يثبت المزيل وان هذا العقد ليس تبرعا
محضا اذ يجب فيه البذل وليس على طريق المعاوضات فيكون كالاباحة بشرط العوض فلا يتحقق الملك
معه الا مع استقرار بدله وكالمعاطاة ومع ذلك كله فالعمل على المشهور من الاكتفاء بتحقق الخلاف
ويظهر فائدة القولين في جواز رجوع المقترض في العين ما دامت باقية ووجوب قبولها لو دفعها المقترض
وفي النماء قبل التصرف ان قلنا يكون التصرف ناقلا للملك حقيقة او ضمنا فانه للمقرض على المشهور والاول
على الآخر ولو قلنا بالكشف احتمل كونه كذلك بمعنى كون التصرف كاشفا عن سبق الملك قبله بلا فصل
كالملك الضمني ويمكن بل هو الظاهر ان يريد كونه كاشفا عن سبق الملك من حين القبض فالنماء للمقترض على
القولين ويظهر الفائدة ايضا في نفقته لو كان حيوانا وفي وقت انعتاقه لو كان ممن ينعتق على المقترض
وفي جواز وطء الامة اذا لم يحصل من اللفظ ما يفيد التحليل ولم يتحقق الملك ووطء الامة منحصر فيهما بخلاف
غيره من التصرفات مع احتمال جواز الوطء على القولين كما لو اشترى الامة معاطاة اذا تقرر ذلك فما المراد بالتصرف
الموجب للملك على هذا القول ليس في كلام اصحابنا تصريح بشيء وكان الباعث عليه عدم الاهتمام بشأن
القول المفرع عليه ولكن تعليله يشعر بان المراد بالتصرف المتلف للعين او الناقل للملك كما يستفاد من
جعله اباحة اتلاف مضمون ويظهر من الشهيد رحمه الله في بعض تحقيقاته ان المراد مطلق التصرف
وان لم يزل الملك الا انه علل في دروسه القول بما ينافي ذلك وفي التذكرة نقل عن الشافعية في التصرف
ثلاثة اوجه الاول والثاني ما ذكرناهما والثالث كل تصرف يستدعي الملك فلا يكفي الرهن

على الثالث ويكفي هو والاجارة وطحن الطعام وخبز الخبز وذبح الشاة على الثاني ويكفي البيع والاعتاق والاتلاف
على الجميع ولم يرجح شيئا منها   وهل للمقرض ارتجاعه قيل نعم ولو كره المقترض وقيل لا وهو الاشبه لان فائدة
الملك التسلط الحكم هنا مبني على الخلاف السابق فان قلنا ان المقترض لا يملك الا بالتصرف بأي معنى اعتبرناه فللمقرض
الرجوع في العين قبله لانها ملكه وان قلنا يملك بالقبض فهل يمكن القول بذلك ظاهر القواعد العدم لانه
جعل هذه المسألة متفرعة على تلك بالفاء ويظهر من المصنف ان الخلاف في هذه المسألة جار وان قلنا
يملك بالقبض وهذا هو الظاهر فيصح المسألة انه على القول بالملك بالقبض لو طلب المقرض عين ماله مع بقائها
هل يلزم اجابته قال الشيخ نعم محتجا بانه عقد يجوز الرجوع فيه كالهبة في موضع الجواز وهذا
التعليل ظاهر في كونه متفرعا على ملك المقترض كالهبة وجوابه المنع من المساواة فان ملك المقترض
العين يقتضي تسلطه عليها واللازم له انما هو العوض فيتخير فيه ولا يلزم ثبوت التخيير في الهبة بدليل
خارج الحاق غيرها بها ويمكن تعليله ايضا بما لا ينافي على ان القرض عقد جائز ومن شأن عقد الجائز ان
من اختار فسخه يرجع الى عين ماله لا الى عوض كالهبة والبيع بخيار ولو جاز فسخ القرض من دون اخذ العين
لأدى الى لزومه لان العوض الثابت في الذمة في الحقيقة هو احد العوضين في هذه المعاملة من
قبل المقترض والعوض الآخر هو العين المستقلة من المقرض ومقتضى فسخ العقد الجائز بالاصل وبالعارض
ان يرجع كل منهما الى عوضه مع بقائه والى بدله مع تلفه لخروج هذا العقد عن هذا الحكم مع جوازه له
واما رجوعه بالعوض الذي ثبت في ذمة المقترض بالقبض فهو احد عوضي المعاوضة كما
ذكرناه وانحصار الحق فيه انما يناسب لزوم المعاوضة لا جوازها وهذا توجيه حسن لم ينبهوا
عليه نعم في التذكرة لما نقل عن بعض الشافعية جواز الرجوع في العين محتجا بان المقرض
يتمكن من اخذ بدل حقه فليس يتمكن من مطالبته بعينه اولى ولانه ما منه ملك غيره كما يرجع الواهب
في الهبة اجاب بان القبض اوجب الانتقال الى الذمة كما يملك الثمن بعقد البيع وليس له
الرجوع في العين قال والفرق بينه وبين الهبة ان الواهب ليس له الرجوع على المتهب
بعوض الهبة بخلاف القرض انتهى وانت خبير بجواب هذا كله اذا احطت بما حررناه

واستشهاده على ذلك بالبيع عجيب فان البيع من العقود اللازمه بخلاف القرض ولو فرض جوازه كالبيع
بخيار فان الفاسخ يرجع الى عين ماله كما بيناه ويصير مناسبا للقرض لا ما استشهد به واما فرقه
بينه وبين الهبه بما ذكره ففيه الا انه لا يفيد المطلوب لان الهبه عطيه محضه لا يقابلها من الجانب الاخر
عوض لازم بخلاف القرض فاذا رجع الواهب بالهبه لا محاله الا في عين ماله واذا رجع المتهب بعين رد العين
اذ ليس غيرها بخلاف القرض فان هناك عوضا هو المثل او القيمه ومعوضا وهو العين فمع فسخه رجع الى حقه
وقد يعلل ايضا بان الانتقال الى المثل او القيمه انما كان لتعذر العين ولو بالملك فاذا امكن الرجوع الى العين
بفسخ الملك حيث يمكن لا يعدل عن الحق الى بدله هذا غاية ما يوجه به هذا القول ويمكن الاحتجاج
للمشهور بناء على الملك بالقرض بان الاصل في ملك الانسان ان لا يتسلط عليه غيره الا برضاه والثابت
بالعقد والقرض للمقرض انما هو البدل فيستصحب الحكم الى ان يثبت المزيل ولا مستند له يعتد به
الا كون العقد جايزا يوجب فسخه ذلك وفيه منع ثبوت جوازه بالمعنى الذي يدعيه اذ لا
دليل عليه وما اطلقوه من كونه جايزا لا يعنون به ذلك لانه قد عبر به من ينكر هذا المعنى وهو الاكثر
وانما يريدون بجوازه تسلط المقرض على اخذ البدل اذا طالب به متى شاء واذا ارادوا بالجواز هذا المعنى فلا
مشاحة في الاصطلاح وان كان مغايرا للغرض من العقود الجايزة من هذا الوجه ونحو ولا اتفاق
على جوازه بمعنى يثبت به المدعى ولا دليل صالحا على ثبوت الجواز له بذلك المعنى المشهور في الملك وما
ثبت في لازمه وحكمهما الى ان يثبت خلافه وهذا هو الوجه   لو شرط التاجيل في القرض لم يلزم
اي شرط تاجيل مال القرض في عقده ويمكن ان يريد ما هو اعم بان شرط في عقد القرض تاجيل مال حال سواء
كان القرض ام غيره والحكم فيهما واحد لان عقد القرض كما مر من العقود الجايزه لا يلزم ما يشترط فيها ويحتمل على
ما قررناه من لزومه على ذلك الوجه احتمال لزوم هذا الشرط مضافا الى قوله صلى الله عليه وآله وسلم
المؤمنون عند شروطهم وغير ذلك مما دل على لزوم ما شرط في العقد اللازم اذ ليس هذا العقد على حد
العقود الجايزه ليسقط فيه بعدم لزوم الشروط ولا احد اللازمه ليلحقه حكمها ويمكن على هذا
ان يرجع الى عموم الادله الداله على لزوم الالتزام بالشروط والوفا بالعقود ولو شرط تاجيله

في غير القرض

في غير القرض من العقود اللازمه بان باعه شيئا وشرط عليه تاجيل قرضه الى شهر مثلا فالاقوى
لزومه ووجوب الوفا به لما تقدم من عموم الامر بالوفا بالعقود والشروط وهي كالجزء منها   وقيل
لا يلزم الوفا بها بل يقلب العقد اللازم جايزا بمعنى ان المشروط عليه لو اخل بالشرط تسلط الآخر
على فسخ العقد المشروط فيه وجعلوا ذلك قاعده كليه هي ان شرط الجايز في اللازم يقلب اللازم جايزا
ومثله شرط اللازم واللزوم مطلقا اجود وقد تقدم البحث فيه نعم لو امتنع من شرط عليه الوفا
بالشرط ولم يمكن اجباره تسلط المشروط له على الفسخ الا ان هذا الامر العارض للعقد لا ينافي لزومه في اصله
وبذلك يجمع بين الادله والمحصل   وكذا لو اجل الحال لم يتاجل وفيه رواية مهجوره تحمل على الاستحباب
ولا فرق بين ان يكون الى المراد بتاجيل الحال ان يعبر صاحب الدين بعد ما يدل عليه من غير ذكره في
عقد كما مر بان يقول اجلتك في هذا الدين مدة كذا ووجه عدم اللزوم بذلك واضح اذ ليس ذلك
بعقد يجب الوفا به بل هو وعد يستحب الوفاء به والروايه المذكوره رواها الحسن بن سعيد و
محصلها ان من مات وقد فرض الى اجل حل وهي مشعره بجواز التاجيل وحملها على الندب
كما قلناه اولى واشار بالتسويه بين الامور المذكوره الى خلاف بعض العامه حيث ذهب الى ثبوت
التاجيل في ثمن المبيع والاجره والصداق وعوض الخلع دون القرض وبدل المتلف والى خلاف آخرين
منهم الى ثبوته في الجميع   نعم يصح تعجيله باسقاط بعضه مع تراضيهما بذلك وكما يعتبر التراضي
في اسقاط البعض يعتبر في تعجيله بغير اسقاط لان الاجل ايضا حق لهما لتعلق غرض كل منهما فان
المعجل قد لا يرضى به صاحب الحق لحصول ضرر بالقبض لخوف ونحوه وما بالنسبة الى الآخر واضح
لكن اسقاط الاجل يكفي فيه مجرد الرضا اما اسقاط بعض الحق فيحتمل كونه كذلك كما يقتضيه
ظاهر اطلاقهم ويكون الرضا بالبعض قائم مقام الابراء فانه كما يظهر من تضاعيف كلامهم
في مواضع متفرقة انه لا يختص بلفظ العفو ونحوه فيكون هذا منه ويحتمل قويا توقف البراه
على لفظ يدل عليه صريحا كالبراءه والاسقاط والعفو والصلح لا مطلق الرضا لاصاله بقاء
الملك الى ان يتحقق المزيل له شرعا   من كان عليه دين وغاب صاحبه غيبة منقطعة

يجب ان ينوي القضا وان يعزل ذلك عند وفاته ويوصي به ليوصل الى اربابه ح وجوب نيه القضا ثابت على كل
من عليه حق سواء كان ذو الحق غايبا ام حاضرا الا ان ذكره من احكام الايمان كما قالوا في العزم على الواجب في الوقت
الموسع لا لكونه بدلا عن التعجيل وانما ذكر الوجوب مع الغيبه المنقطعه تاكيدا وليس المراد انه يجب بتجديد العزم
السابق ح لعدم دليل على هذا الوجوب واما وجوب العزل عند الوفاة فهو مناسب لتميز الحق وابعد
عن تصرف الورثه فيه وربما قيل بوجوب العزل عند اليأس من الوصول اليه وان لم يحضر الوفاة
وهو احوط واما العزل عند الوفاه فظاهر كلامهم خصوصا على ما نظم من المحلف انه لا خلاف فيه والا امكن
تطرق القول بعدم الوجوب لاصالة البرآة مع عدم النص ولو لم يعرفه اجتهد في طلبه ومع اليأس
يتصدق به عنه على قول المعتبر في الاجتهاد هنا بذل الوسع في السؤال عنه في الامكنة التي يمكن
كونه فيها او اخبره بها ويستمر كذلك على وجه لو كان ظهر فاذا ايس منه قال الشيخ رحمه الله تصدق
عنه وتبعه عليه جماعة من الاصحاب وتوقف المص هنا والعلامه في التحرير وكثير من كتبه لعدم
النص على الصدقه ومن ثم ذهب ابن ادريس الى عدم جوازها لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه
شرعا ولا شبهة في جوازه انما الكلام في تعينه ووجه الصدقه انها احسان محض بالنسبه الى المالك
لانه ان ظهر ضمن له عوضها ان لم يرض بها والا فالصدقه انفع لها من بقائها المعرض لتلفها بغير
تفريط المودي الى سقوط حقه وقد قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل خصوصا وقد ورد
الامر بالصدقه في نظاير كثيره لها وح فالعمل بهذا القول اجود خصوصا مع تعذر قبض
الحاكم لها اما معه فهو احوط وحيث يمكن مراجعته فهو اولى من الصدقه بغير اذنه وان
كان جايزا لانه ابصر بمواقعها وبصرفها مصرف الصدقة المندوبه وان وجبت على المديون
او وارثه بالعارض فانه بمنزله الوكيل والوصي الذي يجب عليه الصدقه وان كانت في اصلها
مندوبة وقد عرفت انه يضمن مع ظهور المالك وعدم رضاه بها ولو دفعها الى الحاكم فلا ضمان
وان تلفت في يده بغير تفريط ولم يرض المالك اما مع بقائها معزوله في يده او يد وارثه فينبغي ان
يكون حكمها حكم ما لو كانت في يد الحاكم لان الاذن الشرعي في عزلها قد يتبعها الضمان الدين

لا يتعين

لا يتعين ملكا لصاحبه الا بقبضه ولو جعله مضاربه قبل قبضه لم يصح هذه المسئله بباب المضاربه
الیق وانما ذكرها هنا لمناسبة ما والحاصل ان المضاربه لا تصح الا بعين النقدين فلا تصح بالدين وان كانت
المضاربه للمديون لان ما في الذمه وان كان معوضا او بمنزلته الا ان شرط المضاربه تشخصه لا كونه معوضا
على وجه كلي على الدين وح تقع المضاربه باطله فان كان العامل هو المديون ثم عمل واتجر به فالربح كله
له لان المال لم يتعين للمالك بتعيينه اذ لم يجعله وكيلا في التعيين وانما جعل معه مضاربه فاسده وان كان
ثالثا فالربح للمالك لانه وكيل المالك في قبض الدين فيتعين بتعيين المديون وقبض الوكيل ولا يرد ان فساد المضاربه
يستلزم فساد القبض لانه تابع لها لمنع الملازمه فان فساد المضاربه انما يقتضي فساد لوازمها وقبض
المال من المديون امر آخر وراء المضاربه وحكمها فيكون بمنزله الوكيل بالنسبه الى قبض المال والمضارب بالنسبه
الى العمل فيبطل فعله المضاربه خاصة كما لو جمع في عقد واحد بين شيئين فيفسد احدهما فانه لا يقتضي فساد
الآخر وح فيكون للعامل اجرة المثل كما هو مقتضى المضاربه الفاسده مع جهله والربح للمالك مع
اجازته الشرا بالعين ولو كان الشرا في الذمه فالربح للعامل ان نوى الشرا لنفسه والا فلا واعلم
ان في الفرق بين المديون والثالث حيث صحح قبضه دونه نظرا لان المضاربه الفاسده ان نصبت
وكالة في القبض خارجة عن حقيقتها فليكن في المديون كذلك فان الصيغه انما نصبت المعامله
على الدين الذي في الذمه وكما لا يمكن للاجنبي العمل به ما دام في الذمه لانه ح امر كلي لا وجود له في الخارج
فاقتضى ذلك الاذن له في قبضه الذي زعموا كونه وكالة كذلك نقول في المديون فانه لا يمكنه العمل بنفس
دين المالك الذي في ذمته بل لا بد من افراده والشراء به كما سيأتي من ان العامل لا يصح له ان يشتري الا بالعين
وح فالمضاربه الفاسده ان كانت مجامعة لوكالة في تعيين المال فهي واقعه في الموضعين والا فلا وايضا
فيكون ذلك امرا خارجا عن مقتضيات المضاربه في محل النظر في الظاهر انه بعض لوازمها وتوابعها فينبغي
ان يتبعها في الفساد الذمي اذا باع ما لا يصح للمسلم تملكه كالخمر جاز دفع الثمن الى المسلم عن
حقه التقييد بالذمي لاخراج الحربي اذ لا يجوز اخذ ثمن ذلك منه لعدم اقرار الشريعة له
على ذلك ولا بد من تقييد الذمي بكونه مستترا في بيع ذلك كما هو مقتضى اقرار الشريعة فلو تظاهر به

لم يجز اذا كان لاثنين مال في ذمم ثم تقاسما ما في الذمم فكل ما يحصل لهما وما يتوى منهما المراد ان قسمة
ما في الذمم غير صحيحة وعبر عن البطلان بلازمه وهو كون الحاصل لهما والذاهب عليهما والحيلة في تصحيح
ذلك ان يحيل كل منهما صاحبه بحصته التي يريد اعطاها صاحبه ويقبل الاخر بناءً على صحة الحوالة ممن
ليس في ذمته دين ولو فرض سبق دين له عليه فلا اشكال في الصحة ولو اصطلحا على ما في الذمم بعضها
ببعض فقد قربت في الدروس صحته وهو حسن بناءً على اصالته ويتوى في قول المص بالتاء المثناة
من فوق بمعنى يهلك يقال توى المال بكسر الواو ويتوى اذا هلك اذا باع الدين باقل منه لم يلزم
المديون ان يدفع الى المشتري اكثر مما بذله على رواية الرواية رواها محمد بن الفضل عن الرضا عليه السلم
وقريب منها ما روى ابو حمزة عن الباقر عليه السلم وانما اقتصر المص على رواية واحدة لان الثانية
ليست صريحة في المطلوب وعمل بمضمونها الشيخ رحمه الله وتبعه على ذلك ابن البراج والمستند ضعيف
ن
مخالف لاصول المذهب ولعموم الادلة واطلاقها من الكتاب والسنة وربما حملت على الضمان
مجازاً لانه معاوضة تشبه البيع او على فساد البيع فيكون دفع ذلك الاقل ماذوناً فيه من البائع في
مقابلة ما دفع وبقي الباقي لمالكه والاقوى انه مع صحة البيع يلزمه دفع الجميع ولابد من رعاية السلامة
من الربا ورعاية شروط الصرف لو كان اثماناً ولو وقع ذلك بصيغة الصلح صح ايضاً وسلم من اعتبار
الصرف لا من الربا على الاقوى فيهما لدخول الربا في كل معاوضة عملاً باطلاق الاية واختصاص الصرف
بالبيع ومنع ابن ادريس من بيع الدين على غير من هو عليه مطلقاً وهو ضعيف ولا
يجوز للمملوك ان يتصرف في نفسه باجارة ولا باستدانة ونحوها من العقود الموجبة لجعل شيء
في ذمته فوجه المخالفة بالتصرف في نفسه انه يجعل نفسه مديوناً فيه مناسبة التصرف
فيها بوجه وانما لم يجز التصرف فيما في يده على تقدير الحكم بملكه لانه على ذلك التقدير محجور كما سيأتي
فلا ينفذ تصرفه بدون اذن المولى وكذا لو اذن المالك ان يشتري لنفسه وفيه تردد لانه يملك
وطي الامة المبتاعة مع سقوط التحليل في حقه لابد قبل الكلام على العبارة من تحرير المسئلة
فنقول اذا اذن السيد لعبده ان يشتري لنفسه اي لنفس العبد فهل يصح هذا الاذن بمعنى وقوع
الشرا

الفصل الرابع في بيع المملوك

الشرا للعبد ام لا يصح يبني على ان العبد هل يمكن ان يملك مثل هذا ام لا والاصح العدم فاذا لم نقل بملك العبد
واشترى هل يقع الشرا للسيد ام لا يحتمل لان الشرا لنفسه يتضمن امرين الاذن في الشرا وتقييده بكونه لنفسه
فاذا بطل المقيد بقي المطلق لان المطلق جزء المقيد فيقع للمولى لانه اذن في الابتياع في الجملة ولهذه
المسئلة نظائر كثيرة في الفقه وغيره يدعى ان المقيد يدل على المطلق من الجهة التي اشرنا اليها ويحتمل الثاني
لان الاذن في الشرا لنفسه وقع فاسداً فلا يترتب عليه صحة البيع ويمنع من كون المقيد يدل على المطلق
فان الاذن انما يتعلق بامر واحد وهو المقيد المخصوص بالعبد بحيث لم يصح كان الابتياع باطلا
لانه غير ماذون فيه فلا يتم ملكاً للمولى لانه لم ياذن فيه على هذا الوجه وهذا هو الاقوى
ثم على القول بوقوعه للمولى لو كان المبيع امة هل يستبيح العبد بضعها بهذا الاذن يبنى على
استلزام الاذن من المولى له في الشرا لنفسه الاذن له في الوطي لانها اذا كانت مملوكة للعبد كان جميع
التصرفات له حلالا ومن جملتها الوطي فاذا بطل الاذن في الاول لعارض وهو عدم اهليته
لملك الرقبة بقي الثاني الداخل ضمناً والتزاماً لان العبد اهل للاباحة كما يستبيح الامة التي
ياذن له فيها المولى فاستباحته الوطي بملك الاذن لا من حيث الملك بل لاستلزامه الاذن
ويضعف بان الماذون فيه هو الشرا لنفسه فان تحقق استلزم اباحة التصرفات
اما الاذن في التصرف مع كونه غير مالك للرقبة فغير حاصل ومن الجائز رضا المولى بكون
العبد يطأ امة نفسه ولا يرضى بوطيه امة المولى فلا ملازمة بين الامرين فاذا لم يقع الشرا
للعبد لم يستبح الوطي وهذا هو الاقوى وحينئذ فاستباحته وطي الامة المذكورة
ضعيف مبني على ضعيف وهو وقوع الشرا للمولى فهو ضعف في ضعف اذا تقرر
ذلك فلنعد الى العبارة فمفعول المشبه به المشار اليه بذا في قوله وكذا لو اذن له المالك
لا يجوز ان يكون هو الحكم السابق الذي حاصله انه لا يجوز التصرف المذكور الا باذن سيده
لانه يصير التقدير انه لا يجوز شرا الماذون في شرائه لنفسه الا باذن وظاهر فساده
لان المفروض تحقق الاذن وايضا فالاشكال واقع مع الاذن كما قد عرفت بل الاولى كون المشبه به

هو اصل الحكم مجردا عن الاستثناء وهو عدم جواز تصرف العبد مصر التقدير وكذا لا يجوز تصرفه لو اذن
له سيده ان يسرى لنفسه لكن يبقى فيه اجمال من حيث انه مع عدم الجواز هل يقع باطلا من راس او يقع
للمولى وظاهر الاطلاق الاول ثم قوله وفيه تردد اى في الحكم المذكور وهو عدم جواز شرائه ما اذن في شرائه
بنفسه وجعل منشأ التردد انه اى العبد يملك وطء الامة المبتاعة وهذا يحتمل امرين احدهما ان يريد
بالامة المبتاعة التي يستبيح وطوها هي هذه الماذون في شرائها لنفسه وتوجيه التردد ح
ان في عدم الصحة على هذا التقدير ترددا من حيث ان الماذون فيه لو كان امة يملك وطيها فلا يقع
الاذن لاغيه بحيث يبطل فيما تضمنه عدم الجواز ولا يخفى فساد هذا المعنى فانه عين المتنازع
فكيف يجعل منشأ التردد والثاني ان يريد بالامة المبتاعة التي ابتاعها العبد للمولى مع الاذن في وطيها
بان يوكله المولى في ان يشترى امة ويطاها وهذا الاشكال في استباحة وطيها من الجهالة المتقدمة
فان شراء العبد للمولى صحيح واباحة المولى له امته صحيح ايضا واذا كانت الاذن الضمنية المتقدمة
تفيد اباحة الوطء على تقدير معين مع فساد ما دخلت في ضمنه فكيف الاذن الصريحة مع صحة الشرا
المضمن اليه الاذن ووجه كون هذه منشأ للتردد في المسئلة المذكورة ان المسئلة مضت
باطلاقها ان اذن المولى له ان يسرى لنفسه غير صحيح فرده المص في اطلاق عدم الصحة من حيث
انه قد يصح في بعض الصور وهي المذكورة وفيه ان المتردد فيه الشراء لنفسه لا للاباحة
واين هذا من ذاك ثم ان في صحة الاذن في المثال النظر من حيث انه اذن فيما لا يملكه المولى
حين الاذن فيمكن القدح في الصحة ثم قول المص بعد ذلك مع سقوط التحليل في حقه اشارة الى
ان هذه الاذن ليست تحليلا من المولى لعبده لان العبد ليس قابلا للتحليل بناء على انه يملك
منفعة والعبد لا يقبل التمليك وصحة وطيه للامة المباعة ليس من حيث التحليل بل من حيث
الاباحة والاذن ويشكل بان التحليل لا يعلم كونه تمليكا بل يحتمل كونه عقدا او اباحة كما سيأتي
ان شاء الله والعبد قابل لهما فلا يعلم انتفاء التحليل في الامة المذكورة الا ان يقال ان الاذن
السابقة على شراء الامة لا يمكن حملها على العقد لان المولى لا يملك العقد على امة الغير فبقي

ان يكون اباحة

ان يكون اباحة واذنا محضا فدل على تاثير الاذن السابقة في الجملة وعلى كل حال عبارة المص في تعليله ليست
بجيدة مطلقا ان استبقاه او باعه وان اعتقه بل يستقر في ذمة العبد وهل يكون
باقيا في ذمة المولى وهو اشهر الروايتين محل النزاع ما اذا استدان باذن المولى لنفسه اما لو استدان
للمولى فهو على المولى قولا واحدا نبه عليه في المختلف والقولان للشيخ رحمه الله اولهما في غير الاستبصار
ونبه عليه جماعة منهم العلامة في المختلف استنادا الى روايتين لا تنهضان حجة فيما خالف القواعد
الشرعية فان العبد بمنزلة الوكيل وانفاقه للمال على نفسه في المعروف باذن المولى انفاق لمال المولى
فيلزمه كما لو لم يعتق والقول الثاني صحيحة ابي بصير عن الباقر وهو الاقوى ولو كان له غرماء كان
غريم العبد كاحدهم هذا التفريع واضح بعد الحكم بلزوم دينه للمولى لان المسقط هو مقتضى
الاستحقاق في ذمته ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام يدل عليه ايضا والحقيقة اطلاق في
غرماء العبد بطريق المجاز لوقوع الاستدانة منه والا فالجميع غرماء المولى ولو اذن له في
الابتياع انصرف الى النقد من القواعد الاصولية ان الامر بالكلي ليس امرا بالجزئي معين وان
توقف تحققه عليه بالعرض ومقتضى الاطلاق التخيير وانما انحصر هنا بالنقد بواسطة
قرائن خارجية عن بعض افراد الكلي وهو الاضرار بالمولى في النسية بثبوت شيء في ذمته بخلاف
النقد لجواز ان لا يقدر المولى على غير ما دفعه الى العبد من المال او لا غرض له فيه وهذا
هو حاصل ما اجاب به الفاضل قدس الله سره لما اعترض عليه العلامة المحقق قطب الدين
الرازي حين قرأ عليه هذه المسئلة من م القواعد بان البيع امر كلي والنسية جزئي فلا دخل فاجاب
اولا بان البيع اعم فلا يدل على النسية باحد الدلالات فاورد عليه العلامة انه لا يلزم
من نفي الدلالة نفي الاستلزام لجواز كون اللزوم غير بين ثم عارضه بالنقد فعدل الفاضل
الى الجواب بما اشرنا اليه اولا من ان النسية اضرار بالمولى بثبوت شيء في ذمته بخلاف النقد
ولو اطلق له النسية كان الثمن في ذمة المولى ولو تلف الثمن لزم المولى عوضه
اى لو تلف الثمن قبل تسليمه الى البايع والحال انه قد اشترى نسية فانه يلزم المولى عوضه

لان تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد وليس المراد به الثمن المعين لان تلفه يبطل البيع فلا يلزم المولى
عوضه نعم ان تلفه بيد العبد بتفريط وغيره ولو لم يكن السيد اذن في الشرا بالذمه فاشترى بها ثم تلف
الثمن الذى دفعه اليه لم يلزم السيد بدله وح فان تبرع السيد ودفع ثانيا صح العقد له لان العبد
ح كالفضولى للسيد والبيع وقع له فاذا دفع الثمن له صح والا فسخ البايع العقد   واذا اذن له
فى التجاره لم يكن ذلك اذنا لمملوكه الماذون لافتقار التصرف فى مال الغير الى صريح الاذن ويمكن ان يريد بمملوك
الماذون فى الحقيقه تفريعا على القول بانه يملك بل هذا هو الظاهر ويمكن ان يريد به معناه المجازى
لان الاضافه تصدق بادنى ملابسة فيريد بمملوكه من هو فى خدمته من مماليك المولى حالة التجاره
بحيث يدخل تحت امره كما هو الواقع فى كثير من التجاره بالنسبه الى بعض مواليهم وعلى التقديرين لا يتناول
الاذن له مملوكه باى معنى اعتبر لان المولى انما ... على نظره فلم يكن له ان يتجاوزه نعم لا يستنيب له كالتوكيل
وكذا ليس للماذون ان يوكل غيره لعين ما قلناه وينبه بذلك على خلاف ابى حنيفه حيث ذهب الى
ان للماذون ان ...   فى التجاره مع ان ابا حنيفه لا يقول بان العبد يملك فلذلك جعلنا العبد المذكور
محتملا للمعنى المجازى بالنسبه الى الماذون   ولو اذن له فى التجارة دون الاستدانه
وتلف المال كان لازما لذمة العبد وقيل يستسعى فيه معجلا اذا استدان الماذون له
فى التجاره فان كان لضرورتها كنقل المتاع وحفظه ونحوهما مع الاحتياج الى ذلك لزم
المولى وغير الضرورى لها وما خرج عنها لا يلزم المولى فان كان عينه باقيه رجع الى
مالكه والا فالاقوى انه يلزم ذمة العبد فان اعتق اتبع به بعده والا ضاع وقيل
يستسعى العبد فيه معجلا استنادا الى روايه ابى بصير وحمل على الاستدانه للتجارة
ويشكل بان ذلك يلزم المولى من سعى العبد فى غيره والاقوى ان الاستدانه لضرورة
التجارة انما يلزم مما فى يده فان قصر استسعى فى الباقى ولا يلزم المولى من غير ما فى يده وعليه
يحمل الروايه   اذا اقترض مالا فاخذه المولى فتلف فى يده كان المقرض بالخيار بين مطالبه
المولى واتباع المملوك اذا اعتق وايسر ووجه التخيير ان كلا منهما قد ثبتت يده على ماله فيرجع
على من شاء

على من شاء فان رجع على المولى قبل ان يعتق العبد لم يرجع المولى على العبد وان اعتق لاستقرار
التلف فى يده لان المولى لا يثبت له مال فى ذمة عبده وان كان الرجوع على المولى بعد عتق العبد
فان كان اخذه للمال عالما بانه قرض فلا رجوع له على العبد ايضا وان كان قد غره العبد بان
المال له اتجه رجوعه على العبد المغرور ولو رجع المقرض على العبد بعد عتقه ويساره فله الرجوع
على المولى لاستقرار التلف فى يده الا ان يكون قد غر المولى فلا رجوع عليه كما مر
واجرة بايع الامتعة على البايع ومشتريها على المشترى المراد ان اجرة الدلال على من يامره فان
امره الانسان ببيع متاع فباعه له فاجرته على البايع الآمر لا على المشترى وان امره انسان ان يشترى
له متاعا ولم يامره مالكه ببيعه فاجرته على المشترى الآمر وانما استحق الاجره وان لم يشارط
عليها لان هذا العمل مما يستحق عليه اجره فى العاده والدلال ايضا ناصب نفسه للاجره فيستحق
على اجرة الاجرة لو امر وان اجاز البيع والشرا او النقل لانه بالفعل لم يستحق لكان المتبرع وبعد
الاجارة لم يعمل عملا والاصل براءة الذمه من استحقاق شىء   واذا باع واشترى فاجرة
ما يبيع على الآمر ببيعه واجرة الشرا على الآمر ولا يتولاهما الواحد المراد كون الدلال باع امتعة
شخص واشترى امتعة لشخص آخر غير تلك الامتعه فههنا يستحق اجرتين على العملين لعدم
المنافاة وهذا قسم ثالث للمسئله السابقه التى اشتملت على استحقاقه اجرة واحده
من البايع على ما باع له واجرة واحده من المشترى له واما قوله فلا يتولاهما الواحد فظاهر سياق
العبارة كغيرها مما عبر فيه بذلك ان المراد بذلك ان الشخص الواحد لا يتولى العملين فى متاع واحد
بحيث يستحق فيه اجره على البايع الذى امره بالبيع والمشترى الذى امره بالشرا بل لا يستحق
الا اجرة واحدة لانه عمل واحد ولان البيع مبنى على المكايسه والمغالبه ولا يكون الشخص
الواحد غالبا ومغلوبا والعمل بالحالة الوسطى خارج عن مطلوبهما غالبا فيتوقف على رضاهما
بذلك وح فمن كان رسله استحق عليه الاجره خاصه لكن يشكل الملازمه بانه لو كان السعر مضبوطا
عادة بحيث لا يحتاج الى المماكسة او كان قد اتفقا على قدر معلوم واراد تولية طرفى

خاتمة واجرة الدلال

العقد وصح يكون عليهما اجرة واحدة بالسوية سواء اقترنا في الابرام ام لا جمع احتمال كون الاجرة
على السابق هذا اذا جوزنا للواحد تولي طرفي العقد والا فعدم استحقاق الواحد لهما واضح ويحتمل
على بعد ان يكون الضمير في تولاهما عائدا الى الايجاب والقبول المدلول عليهما بالمقام او بالبيع والشرا
تضمنا فيكون ذهابا الى المنع او يعود الضمير الى الاخرين بناء على المنع من تولي الطرفين وعلى ذلك
نزل الشهيد رحمه الله كلام الاصحاب في هذه العبارة لانها عبارة متداولة بينهم ويضعف بان المص
وكثيرا ممن عبر بها لا يرى المنع من تولي الواحد الطرفين فينزل كلامه على ما لا يوافق مذهبه المعروف
بمجرد احتمال ارادته مع امكان تنزيله على غيره بعيد جدا وحيث كان تولي الطرفين من الواحد
جائزا عند المص لم يمنع استحقاقه اجرتين عليهما لانهما عملان متغايران اعني الايجاب عن البائع والقبول
عن المشتري فلو صرح الدلال بذلك استحق على كل واحد بحسبه وهو راجع عرفا الى اجرة واحدة على البيع
موزعة عليهما كما اسلفناه   فاذا هلك المتاع في يد الدلال لم يضمنه الخ الحاصل ان الدلال
امين لا يضمن الا مع التعدي او التفريط ويقبل قوله في نفيهما كما يقبل في كل امين لان الاصل في
افعال المسلمين الصحة والسلامة عن الاثم والعدوان وعلى تقدير ثبوت الضمان عليه
باقرار او البينة يقبل قوله في قيمة المتاع لان الاصل برآة ذمته من الزائد عما تقربه والله الموفق

كتاب الرهن

وهو وثيقة لدين المرتهن الرهن لغة
الثبوت والدوام يقال رهن الشيء اذا ثبت ودام ومنه نعمة راهنة ويطلق على الحبس
باي سبب كان قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بما كسبته من خير
وشر واخذ الرهن الشرعي من هذا المعنى انسب لان افتقاره الى المناسبة من ان الرهن يقتضي
حبس العين عن مالكها المستوفي الدين وعرفه المص شرعا بانه وثيقة لدين
المرتهن والوثيقة فعيلة قد يكون بمعنى الفاعل والمفعول والانسب هنا الثاني لان الرهن موثوق
به واللام في الدين تعليلية اي لاجله ويمكن كونها للتعدية هنا وفي التعريف نظر من وجوه الاول
ان وثيقة في العبارة وقعت خبرا عن المبتدا وهو الضمير المذكر المنفصل وهو يقتضي عدم المطابقة

بين المبتدا وخبره في التذكير والتانيث وهو خلل لفظي الثاني يختص الوثيقة بالدين يرد على عكسه
الرهن على الدرك وعلى الاعيان المضمونة كالمغصوب والمستعار مع الضمان فانها ليست دينا الثالث
ان ادخال المرتهن في التعريف يفضي الى الدور لان المرتهن اخذ له الرهن ونحوه فيتوقف تعريف كل منهما على الآخر
ويمكن دفع الاول يجعل التاء في الوثيقة لنقل اللفظ من الوصفية الى الاسمية لا للتانيث كما في الحقيقة
والاكلة والنطيحة فيحصل المطابقة والثاني بنائه على عدم جواز الرهن على المذكورات فان فيه خلافا
وليس في كلامه الآتي اشعار بحكمه نفيا ولا اثباتا بل في تخصيصه الجواز بالدين الثابت اشعار بعدم صحة
الرهن عليها وعلى تقدير الجواز يمكن تكلف الجواب بان الرهن عليها انما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور
الخلل بالاستحقاق او تعذر العين والثالث بامكان كشف المرتهن بوجه لا يدخل في مفهومه
بان يقال هو صاحب الدين او من له الوثيقة ونحو ذلك وعرفه في الدروس بانه وثيقة للدين يستوفى
منه المال وسلم من بعض ما يرد هنا ومن بدل انه صرح بجواز الرهن على الاعيان المضمونة فذكر الدين ليس
بجيد الا مع التاويل   ولا بد من الايجاب كل لفظ دل على الارتهان كقوله رهنتك او هذا وثيقة عندك
وما ادى هذا المعنى مما يودي توثقتك وهذا رهن عندك وارهنت بزيادة الهمزة فلانه لغة قليلة
منه لا يسلع شذوذها جدا المنع بل هي اوضح دلالة من كثير مما عدوه وزاد في الدروس انه لو قال خذه
على مالك او بمالك فهو رهن ولو قال امسكه حتى اعطيك مالك واراد الرهن جاز ولو اراد الوديعة او
اشتبه فليس برهن وقد استفيد من ذلك كله ان الرهن لا يختص بلفظ ولا بلفظ الماضي بل كل ما دل
على الرضا بالرهن من الالفاظ كاف والوجه فيه ان الرهن ليس على حد العقود اللازمة لانه
جائز من طرف المرتهن فرجح جانب اللزوم ولزوم ما يعتبر في اللازم رجح مع غير مرجح خصوصا مع
ما سلف من الكلام على اعتبار ما ذكروه في العقد اللازم واستقرب في التذكرة عدم اشتراط اللفظ
العربي ووافقه في الدروس وفي التذكرة الخلاف في الاكتفاء بالمعاطاة والاستيجار والايجاب
عليه المذكورة في البيع بجملته آت هنا وهو حسن واعتبر في التذكرة مع ذلك كله وقوعه بلفظ
الماضي مع انه اجاز هذا رهن او وثيقة عندك وليسا ماضيين بل هما جملتان اسميتان ولو قيل
انهما بمعناه او ادل منه من حيث دلالة الاسمية على الثبوت رد بانه شرط لفظ الماضي لا معناه

وبان ذلك يستلزم جواز البيع فيهما بان يقول هذا مبيع لك بكذا وهم لا يقولون به والظاهر انه احترز بالماضي
عن المستقبل خاصة كما يشعر به قوله بعده بلا فصل فلو قال كذا وانا اقبل لم يعتد به وقد تقدم ان الشهيد
اجازه بلفظ الامر كخذه وامسكه ولو عجز عن النطق كفت الاشارة ولو كتبه بيده والحال هذه وعرف ذلك
من قصده جاز تتعين في الاشارة كونها مفهمة للمقصود ولا ينحصر في عضو ويفهم من قوله بعد الكتابة وعرف
ذلك من قصده انه لا يكفي الكتابة بمجردها وهو كذلك لعدم العلم بثبوت القصد الى الرهن بها مجرده لامكان
العبث او اراده امر اخر ولا يرد مثله في الاشارة لانا اعتبرنا فيها ايضا افهام المقصود ولا يعتبر دمع
امكان عجزه في الواقع لاحتمال اللفظ الصريح له ايضا بل الافهام للمقصود عرفا وفي الدروس ذكره اعتبر مع الكتابة الاشارة
الداله على الرضا وهو كما هنا الا ان عبارة المص اشمل والقبول هو الرضا من ذلك كالايجاب اشار بذلك
الى انه لا ينحصر في لفظ والقول فيه كما مر في الايجاب ويمكن ان يدل العبارة على انه لا ينحصر في اللفظ اصلا لامكان
استفادة الرضا بالفعل والاشارة ونحوهما وان لم يكف ذلك في الايجاب والفرق ان الرهن لازم من قبل
الراهن لانه يتعلق بحق غيره فيحتاط في جانبه بما لا يعتبر في جانب المرتهن حيث انه من قبله جائز لانه يتعلق
بحقه فيكفي فيه ما يكفي في العقود الجائزة المحضه ولكن ظاهر الجماعه اعتبار القبول القولي وهو اجود والكلام
في اعتبار المضي او ما يقوم مقامه وعدم الفصل بين الايجاب والقبول بما يعتد به كما مر اذ يكفي القول
باعتبارهما نظرا الى اللزوم بوجه وعدمه التفاتا الى الجواز من قبل القابل ويصح الارتهان سفرا وحضرا
نبه بذلك على خلاف بعض العامه حيث شرط في صحته السفر نظرا الى ظاهر قوله تعالى وان كنتم على سفر
ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة فشرط السفر ومفهوم الشرط حجة ويجاب بانه مبني على الاغلب فان
عدم الكتابة عادة لا يكون الا في السفر عادة مثل قوله تعالى وان كنتم مرضى او على سفر الى قوله ولم تجدوا
ماء فتيمموا فان عدم الماء يكون في السفر غالبا مع انه معارض باشتراطه بعدم الكاتب مع انه غير شرط
بموافقة الخصم وقد روي ان النبي صلى الله عليه وآله رهن درعه عند يهودي وهو حاضر بالمدينة
وهل القبض شرط قيل لا يعم وهو الاصح وقيل نعم اختلف اصحابنا في اشتراط القبض في الرهن بمعنى
كونه جزء السبب للزومه من قبل الراهن كالقبض في الهبة في كونه كذلك بالنسبة الى الملك اللتهب وعدمه

تعتبر

الكاتب

فاختاره

فاختار المصنف وجماعة الاشتراط استنادا الى قوله تعالى فرهان مقبوضة من حيث انه تعالى امر بالرهن المقبوض فلا يتحقق
المطلوب شرعا بدونه كما اشترط التراضي في التجارة والعدالة في الشهادة حيث قرنا بهما وروى محمد بن قيس عن الصادق
عليه السلام لا رهن الا مقبوضا ويضعف بان دلالة الآية من حيث المفهوم الوضعي وهو ضعيف والرواية ضعيفة
السند والحق ان وصف القبض في الآية للارشاد كما يرشد اليه اشتراطه بالسفر وعدم الكاتب والاجماع على ان
استدامة القبض ليست شرطا بل لو وكل المرتهن الراهن في القبض كفى عند القائل به فلا يتحقق الغاية المطلوبة منه ويبقى
مع نافي الاشتراط اصالة العدم حيث لا دليل صالحا عليه وعمومات الاوامر الدالة على الوفاء بالعقد وربما استدل
بالآية من حيث انه امر بالرهن المقبوض فدل على تحقق الرهن بدون القبض اذ لو لم يتحقق بدونه لم يحسن وصفه به
كما لا يحسن ان يقول رهن مسوله او موجبه ويضعف بان الصفة قد تكون كاشفة كوصف التجارة بالتراضي
وبان القائل باشتراط القبض لا يجعله شرطا للصحة حتى لا يتحقق بدونه بل اللزوم كما اشرنا اليه ولا شبهة في
ان العقد الخالي من الطرفين يطلق عليه اسمه بطريق الحقيقة بخلاف ما هو شرط الصحة كما لا يقول فانه لا يتحقق بدونه
وقد ظهر بما حررناه قوة عدم الاشتراط بمعنى هنا بحث وهو ان القائل باشتراط القبض لا يقول ان الرهن بدونه يقع
باطلا بل هو صحيح عنده الا انه غير لازم كما اشرنا اليه قال في التذكرة ولو رهن ولم يقبض كان الرهن صحيحا
غير لازم بل للراهن الامتناع من الاقباض والتصرف فيه بالبيع وغيره لعدم لزومه فعلى هذا اسم الرهن
الصحيح الى لازم من طرف الراهن وجائز من الطرفين والاطلاق الرهن انما ينزل على الصحيح ولا يسمى احد
العقد من الامام من خارج ويشكل حينئذ فيما لو شرط في عقد لازم فانما يجب الوفاء به هو الرهن الصحيح
اعم من اللازم فيمكن ان يتحقق الوفاء بالشرط بدون القبض وان لم يلزم وحينئذ فللراهن فسخه بعد
ذلك لجوازه من طرفه ولا يحصل الفائدة المطلوبة من اشتراطه فينبغي القصد في الاشتراط برهن مقبوض
ونحوه وفي الاكتفاء بدلالة القرائن عليه وجه ونظر من الشهيد رحمه الله ان الرهن المشروط في العقد اللازم يستحق
القبض وان قلنا بكونه شرطا في اللزوم وفي القواعد استشكل في استحقاق المرتهن المطالبة به على القول باشتراط
التوقف محال اذا لم يدل القرائن على ارادته وعلى ما اخترناه من عدم اشتراط القبض يلزم من قبل الراهن
بدونه فلا يمكن فسخه لكن في استحقاق المرتهن الاقباض ما مر ومن قال به ثم قال به هنا واعلم ان
اطلاق الشرطية على القبض بطريق المجاز فان الشرط مقدم على المشروط في الوجود وهنا لا يعتبر تقدمه

من

الفتيدين

اجماعا لكونه جزء السبب انسب ولو قبضه من غير اذن الراهن لم ينعقد اى لم ينعقد القبض بحيث يلزم منه لزوم
الرهن وليس المراد بالمنفى انعقاد الرهن لانه منعقد بدون القبض وان قلنا بكونه شرطا غايته انه لا يلزم بدونه كما مر
ويمكن ان يريد انه لا ينعقد الرهن بمعنى انه لا يلزم بذلك ويكون الانعقاد كناية عن اللزوم ويؤيده عطفه حكم المسئله
الآتية على هذا الحكم وانما يتم مع ارادة انعقاد الرهن وهذا اظهر فى مقصوده وكذا لو نطق بالعقد ثم جن او
اغمى عليه او مات قبل القبض الضمير فى الجميع يعود الى الراهن والمشبه به فى السابق الحكم بعدم الانعقاد ولا معنى
لكون الانعقاد المنفى هنا القبض لانه لم يحصل اصلا بل المراد به الرهن كما اسلفناه ولا شبهة فى كون عروض هذه
الاشياء للراهن لا ينفى انعقاد الرهن بناء على اشتراط القبض فيه انما الكلام فى انه هل يبطل بذلك بناء على انه قبل القبض عقد
جايز ومن شأن الجايز بطلانه بعروض هذه الاشياء كالهبة قبل القبض وبه قطع فى القواعد والدروس او لا يبطل بذلك
لانه ليس على حد العقود الجايزة مطلقا بل هو آيل الى اللزوم كبيع الخيار فانه لا يبطل بموت البايع زمنه وبه قطع فى التذكرة
فعلى الثانى يقوم الولى مقام الراهن فى استحقاق الاقباض لكن ولى المجنون يراعى مصلحته فان كان الحظ فى الاقباض بان
يكون شرطا فى بيع يتضرر بفسخه او غير ذلك من المصالح اقبضه وان كان الحظ فى تركه لم يجز له اقباضه وعبارة المصنف
قاصرة عن افادة احد الحكمين فاما حكم به من عدم الانعقاد فلا يشتبه امره على احد ولو عرض ذلك للمرتهن فاولى
بعدم البطلان ولو لم نقل به لم ينتقل القبض الى وليه ولو قلنا بالبطلان لو كان العروض للراهن فالا قوى
انه لا يبطل هنا والفرض يتعلق حق الورثة والديان بعد موت الراهن به فلا يستأثر به احد بخلاف موت
المرتهن فان الدين باق بحاله وثيقته وفى الدروس وافق هنا على عدم البطلان مع حكمه به فى الراهن
معولا على هذا الفرق ويحتمل البطلان فيه ايضا لما مر وهو من كونه من العقود الجايزة قبل القبض وعلى تقدير
بقاء الصحة لا يجبر الراهن على الاقباض لانه لم يلزم بعد الا ان يكون مشروطا فى عقد لازم فالا قوى وجوبه
والزامه به خلافا للشهيد والفاضل فان لم يقع القبض اما لعدم امكان اجباره عندنا او لعدم اختياره عندهما
تسلط المرتهن على فسخ العقد المشروط فيه وقد تقدم الكلام فيه فى باب القرض وهذا البحث كله ساقط عند من
لا يشترط القبض للزومه قبله فلا يؤثر فيه هذه العوارض منها وليس استدامة القبض شرطا فلو عاد
الى الراهن او تصرف فيه لم يخرج عن الرهانة هذا عندنا موضع وفاق نقل الاجماع عليه فى التذكرة
نعم خالف فيه جماعة من العامة نظرا الى الوصف المتقدم فى الآية وعدم دلالتها على الاستمرار واضح

ولو رهن ما هو فى يد المرتهن لزم ولو كان غصبا لتحقق القبض اذا اشترطنا القبض فى الرهن
فالمعتبر فيه تحققه ولو بالاستصحاب كما لو كان فى يد المرتهن قبل الرهن بعارية او وديعة او اجارة لتحقق
تمامية السبب لان استدامة القبض قبض حقيقة فيصدق عليه انه رهن مقبوض واما كون القبض واقعا
مبتدأ بعد الرهانة فلا دليل عليه فيكتفى بالسابق والمقارن وهذا كله واضح فى قبض مأذون فيه شرعا
كما مثلنا فلو كان غصبا ذون فيه كقبض الغاصب والمشترى فاسدا فقد اطلق المصنف والاكثر الاكتفاء به لما تقدم
من الدليل اذ يصدق على الرهن انه مقبوض ولانا اذا اشترطنا القبض فى الرهن كان مستحقا على الراهن فاذا كان فى
يد المرتهن فقد وصل اليه حقه وعلى تقدير كون القبض المذكور منهيا عنه لا يقدح لان النهى فى غير العبادة
لا يقتضى الفساد وقيل بعدم الاكتفاء به لان القبض على تقدير اشتراطه ركن من اركان العقد من الجهة
التى يعتبر لاجلها وهى اللزوم ولهذا اوجبوا عليه الاقباض لو كان الرهن مشروطا عليه واذا وقع منهيا عنه
لا يعتد به شرعا وانما لا يقتضى النهى الفساد فى ذلك حيث يكمل اركان العقد مع انهم قطعوا بانه لو
قبض بدون اذن الراهن لم يعتد به وقد تقدم فى كلام المصنف فلو كان مطلق القبض كافيا لزم مثله
فى القبض المبتدأ بغير اذن ويمنع استحقاقه على الراهن بمجرد الصيغة وقد تقدم وقطع فى التذكرة
باشتراط الاذن ومضى زمان يمكن فيه تجديد القبض هنا وهو متجه بل ربما قيل باشتراطهما فى
المقبوض صحيحا ايضا استنادا الى ان القبض انما يعتبر بعد الرهن وهو لا يتم الا بالاذن ثم
الاذن فى القبض يستدعى تحصيله ومن ضروراته مضى زمان يدل على القبض الفعلى بالمطابقة
وعلى الزمان بالالتزام لتعذر المطابقة ويضعف بمنع افتقاره الى القبض والاذن المعتبرين
بعد به الرهن اذ لا دليل عليه من غايته الدلالة على الاعم ويمنع بقاء المعنى الالتزامى لان الزمان المدلول
عليه التزاما من توابع القبض ضرورة افتقار تحصيله مع عدمه الى الزمان فمع حصوله لا معنى
لاشتراط الزمان لتحصيله من المحصول لاعتبار الزمان من باب المقدمة لان المطلوب انما هو الفعل
بحيث تتوقف عليها ثبت والا فلا كالمثال المشهور فى الامر بسقى الماء فان كان على مسافة بعيدة
دل بالمطابقة على السعى وبالالتزام والا اقتضاء على قطع المسافة وان كان المامور حاضرا عنده

الراهن

المرتهن

والمرتهن

اشترطنا

والمستام

هنا م

مثل م

ذكره م

ان م

المطابق

والملازم من القبض الفعلى تحصيل الحاصل واجتماع الامثال المحال ان حمل اللفظ على المعنى الالتزامى م

لم يستقر اليه وقد ظهر بذلك ضعف القول بالاستقرار لها في المقبوض باذن وعدمه في غيره وحيث
يستقر الغاصب الى تجريد الاذن في القبض فالضمان باق عليه الى ان يتحقق ما يزيله وسياتي الكلام ان شاء الله
في حكم الضمان   ولو رهن ما هو غائب لم يصر رهنا حتى يحضر المرتهن او القائم مقامه عند الرهن ويقبضه   لازما
المراد انه لا يصير رهنا لازما دون ذلك والا فقد تقدم ان اصل الرهن يتحقق بدون القبض بناء على اشتراطه
غايته كونه عقدا جائزا واعتبار حضور المرتهن عنده او من يقوم مقامه ظاهرا ان كان الرهن منقولا لان
المعتبر في قبضه نقله او اعتباره بالكيل او الوزن ان كان مما يدخله ذلك واما لو كان غير منقول فانه يكفي فيه
التخلية ثم ان لم يطلق عليه اسم القبض كما لو كان غائبا فلا بد من وصول المرتهن ووكيله الى موضع الرهن   بها
يتصور قبضه اياه عادة لان المعتبر في القبض كونه تحت يده ومع البعد عادة يمتنع ذلك والحاصل
ان القبض هنا كالقبض في البيع بجميع ما تقدم فيه آت هنا ولو قلنا بعدم اشتراط القبض سقط البحث
ولو اقر الراهن بالاقباض قضي عليه اذا لم يعلم كذبه كما لو قال رهنته اليوم داري التي
بالحجاز وهما بالشام واقبضته اياها فانه لا يلتفت اليه لانه محال عادة بناء على ما سلف من اعتبار
حضور المرتهن او من يقوم مقامه الى الرهن ويقبضه   ولو رجع لم يقبل رجوعه وتسمع دعواه   وصول
لو ادعى المواطاة على الاشهاد وتوجه اليمين على المرتهن على الاشبه اى لو رجع الراهن عن اقراره بالاقباض
حيث يمكن لم يقبل رجوعه وحكم عليه به ولا تسمع دعواه بحيث يتوجه له على المرتهن اليمين نعم لو ادعى
الغلط في اقراره واظهر تاويلا ممكنا بان قال انى اقبضته بالقول وظننت الاكتفاء به حيث
يمكن في حقه توهم ذلك او قال استندت فيه الى كتاب كتبه الى وكيلي فظهر زورا ونحو ذلك
سمعت دعواه بمعنى توجه اليمين على المرتهن بان القبض حقيقي او على نفي ما يدعيه الراهن لان
الاصل صحة الاقرار ومطابقته للواقع واستقرب في التذكرة توجه اليمين له على المرتهن
وان لم يظهر تاويلا محتجا بان الغالب في الوثائق وقوع الشهادة قبل التحقق بما فيها فلا حاجة الى
تلفظه بها واما دعوى المواطاة في الاشهاد لاقامة رسم الوثيقة اى لاجل كتابتها والشهادة
عليها حذرا من تعذر ذلك اذا تاخر الى ان يتحقق القبض فالاقوى انها مسموعة بمعنى توجه اليمين

بها ايضا

بها ايضا على المرتهن لما تقدم لجريان العادة بوقوع مثل ذلك ويحتمل عدم السماع لانه مكذب لاقراره الاول
ولا يخفى ان سماع دعواه انما يتم لو شهد الشاهدان على اقراره اما لو شهدا على نفس الاقباض وفعله لم تسمع دعواه
ولم يثبت على المرتهن اليمين وكذا لو شهدا على اقراره به فانكر الاقرار لم يلتفت اليه لانه تكذيب للشهود
ولا يجوز تسليمه المتاع الا باذن شريكه سواء كان مما ينقل او لا ينقل على الاشبه   هذا تتمة في المنقول لاستلزامه   برضاء
التصرف في مال الغير ولا يصح الا باذنه اما ما يكفي فيه مجرد التخلية ففي اشتراط اذنه نظر اقربه العدم
لان الغرض مجرد رفع يد الراهن وتمكين المرتهن من قبضه وهو لا يستدعي تصرفا في ملك الغير وحينئذ
فالقول بعدم التسوية اجود وقد تقدم في البيع ايضا ثم على تقدير عدم الجواز في الصورتين لو قبضه
بدون اذن الشريك فعل محرما هل يتم القبض قيل لا للنهي كما لو قبضه بدون اذن الراهن وهو اختيار
الشهيد رحمه الله والاقوى تحققه لان النهي انما هو لحق الشريك فقط للاذن في مصرح الراهن
وكونه قبضا واحدا لا ينافي الحكم بالوقوع لاصلا والجهة واختاره العلامة وجماعة ولو
اتفقا على جعل الشريك وكيلا في القبض جاز وتعتبر سماع الشريك لاذن الراهن في قبضه للرهن   شرائط الرهن
دون المرتهن فيه وان لم ياذن الراهن للمرتهن في توكيل الشريك   ومن شرطه ان يكون عينا   واذن
مملوكا الخ هذه شرائط الرهن في الجملة لكنها ليست على وتيرة واحدة فان المملوكية شرط
وقوعه لازما مع بقية الشرائط والا فرهن ما لا يملك صحيح كما سياتي ولكنه موقوف على اجازة   باق
المالك واما باقي الشرائط فهو شرط للصحة عنده   فلو رهن دينا لم ينعقد بناء على ما اختاره
المصنف من اشتراط القبض والدين لا يمكن قبضه لانه امر كلي لا وجود له في الخارج مع احتمال
جواز رهنه على هذا القول كهبة ما في الذمم ويجتزأ بقبض ما يعينه المديون ولو لم
نشترط القبض فالمتجه جواز رهن الدين لوجود المقتضي فانه مال مملوك الى آخر ما ثبت
اعتباره وانتفاء المانع وقد صرح العلامة في التذكرة ببناء المنع فيه على اشتراط   عدم ص
القبض فقال لا يصح رهن الدين ان شرطنا في الرهن القبض لانه لا يمكن قبضه لعدم تعينه حال
الرهن لكنه في القواعد جمع بين الحكم بعدم اشتراط القبض وجواز رهن الدين فيتجه منه
شيخنا الشهيد رحمه الله في الدروس وتعجبه في موضعه خصوصا وقد صرح بان
المنع من رهنه مبني على اشتراط القبض واعتذر له المحقق الشيخ علي بان عدم اشتراط

القبض لانا في اشتراط كون الرهن مما يقبض مثله نظرًا الى ان مقصوده لا يحصل الا بكونه مما يقبض كما ارشدت
اليه الآية الكريمة فاحدهما غير الآخر وفيه مع ما اشرنا اليه من تصريح العلامة ببناء الحكم على القبض
منع اعتبار كون الرهن مما يقبض مثله مجملا اذ لا دليل عليه والآية قد تقدم عدم دلالتها على
اعتبار القبض بل الارشاد اليه والشهيد رحمه الله قد بالغ في تحقيق دلالتها على ذلك ومنع اعتبار
القبض في محل البحث عنه ولو سلم اعتبار صلاحية الرهن للقبض فالدين صالح لذلك بتعيين المديون
له في فرد من افراد ما له على كلا التقديرين فالمنع من رهنه على القول بعدم اشتراط القبض غير متوجه ولو فرض
كونه محتملا لما ذكر لا يدفع التعجب عنه مع ضعف المأخذ وكذا لو رهنه منفعة كسكنى الدار
وخدمة العبد وذلك لان المطلوب بالرهن وهو التوثق على المال لا يحصل بها لانها تستوفى
شيئا فشيئا وكلما حصل منها شيء عدم ما قبله والمطلوب من الرهن انه ~~وكلما حصل~~
~~منها شيء~~ متى تعذر استيفاء الدين استوفي من الرهن والامر على مختار المص من اشتراط القبض
واضح لان المنافع لا يصح اقباضها الا باتلافها ومع ذلك فالمنع من رهنها موضع وفاق
وفي رهن المدبر تردد والوجه ان رهن رقبته ابطال التدبير منشأ التردد من ان التدبير
من الصيغ الجايزة التي يصح الرجوع فيها كالوصية فلو تعقبه الرهن ابطله كما لو تعقبه غيره
من العقود كالبيع والهبة لكون ذلك رجوعا عنه لان الغرض من العقود المملكة ملك من
انتقل اليه ولا يتم الا بالرجوع ومن ان الرهن استيفاء الدين من ثمنه فهو منافٍ للتدبير
وهو قول الاكثر ومن ان الرهن لا يستلزم نقله عن ملك الراهن ويجوز فكه فلا يتحقق التنافي
بين الرهن والتدبير بمجرد الرهن بل بالتصرف فيه وهو قول الشيخ محتجا عليه بالدليل على
عدم بطلان كل واحد منهما وحينئذ فيكون المدبر مراعى بفكه فيستقر او باخذه في الدين
فيبطل واستحسنه في الدروس وربما بني القولان على ان التدبير هل هو عتق بصفة او وصية
بالعتق فعلى الاول لا يبطل لان العتق لازم وعلى الثاني يبطل وهذا البناء ضعيف عندنا للاجماع
على جواز الرجوع في التدبير فيكون وصية وانما بنى هذا البناء اصحاب الشافعي ومن قال منهم
انه عتق

دلالتها على
التوثق
منها
فاذا
تلازم
بعدم الدليل
جدا
الغرايل

بانه عتق بصفة قطع بعدم جواز الرجوع فيه ومن قال منهم انه وصية اختلفوا فبعضهم جعله
رجوعا لما ذكرناه وبعضهم منع ايضا اما لو صرح برهن خدمته مع بقاء التدبير قيل يصح التفاتا
الى الرواية المتضمنة جواز بيع خدمته وقيل لا لتعذر بيع المنفعة منفردة وهو اشبه هذه
المسئلة من جزئيات رهن المنافع وقد تقدم عدم جواز رهنها وانما خص منافع المدبر بالذكر
لما روي من جواز بيع خدمته فيصح رهنها لان ما جاز بيعه جاز رهنه والاقوى عدم الجواز
ولو رهنها الذمي عند مسلم لم يصح ايضا ولو وضعها على يد ذمي على الاشبه جوز الشيخ في الخلاف
رهن الذمي الخمر للمسلم اذا وضعها عند ذمي لان الحق في وفاء الدين للذمي فيصح الرهن كما لو باعها ووفاه
ثمنها لان المرتهن لا يملك المرهون وانما يصير محبوسا عن تصرف الراهن والاصح عدم الجواز لان يد الذمي
الودعي كيد المسلم وله تسلط على البيع والاستيفاء على وجه وهو هنا ممتنع ولو رهن
ارض الخراج لم يصح لانها لم تتعين لواحد نعم يصح رهن ما بها من ابنية وآلات ارض الخراج هي الارض المفتوحة
عنوة والتي صالح الامام اهلها على ان تكون ملكا للمسلمين وضرب عليهم الخراج وقد تقدم حكمها
مرارا والاصح رهنها تبعا للآثار المتصرف من بناء وشجر ونحوهما لا منفردة ولو رهن ما لا يصح
اقباضه كالطير في الهواء والسمك في الماء لم يصح هذا على ما اختاره المص من اشتراط القبض
واضح ومع ذلك ينبغي تقييد الطير بما لا يوثق بعوده غالبا والسمك بكونه في ماء غير محصور بحيث
تتعذر قبضه عادة وهو الاصح وقد تقدم في البيع نظيره ولو لم يشترط القبض امكن القول
بالصحة مطلقا لعدم المانع وتخيل تعذر استيفاء الحق من ثمنه لعدم صحة بيعه مندفع
بامكان الصلح عليه وكليته ما صح بيعه صح رهنه ليست تنعكس كليا عكسا لغويا
وقد تقدم مثله في الدين وكذا لو رهن ما يصح اقباضه ولم يسلمه هذا
انما يتم لو كان القبض شرطا للصحة وقد تقدم انه شرط اللزوم خاصة وقد صرح به في التذكرة
ويمكن ان يكون المص تجوز هنا في اطلاق عدم الصحة على عدم اللزوم او التمام وكذا
لو رهن عند الكافر عبدا مسلما او مصحفا وقيل يصح ويوضع على يد مسلم وهو اولى وجه

الرهن بالبيع
جوازه
عادة

المنع ان ارتهانه له يقتضي الاستيلاء عليه على بعض الوجوه ببيع ونحوه وان كان في يد غيره وهو سبيل عليه منفي بالآية وما اختاره المص حسن لمنع تحقق السبيل بذلك لانه اذا لم يكن تحت يده لم يستحق الا استيفاء من قيمته لا بيع المالك او من يأمره من دون ذلك ومع التعذر يرفع امره الى الحاكم ليبيع ويوفيه ومثل هذا لا يعد سبيلا لان مثله يتحقق وان لم يكن هناك رهن ولو رهن وقفا لم يصح لعدم امكان استيفاء الدين منه اذ لا يجوز بيعه وعلى تقدير جوازه على بعض الوجوه يجب ان يشترى بثمنه ملكا يكون وقفا ولا يتجه الاستيفاء منه مطلقا نعم لو قيل بعدم وجوب اقامة بدله امكن رهن الوقف حيث يجوز بيعه ويصح الرهن في زمن الخيار سواء كان للبايع او للمشتري او لهما لانتقال الملك بنفس البيع على الاشبه مقتضى التعليل ان الراهن هو المشتري بناء على انتقال الملك اليه وان كان ثم خيار خلافا للشيخ رحمه الله حيث حكم بعدم انتقال الملك اليه لو كان الخيار للبايع او لهما ويشكل صحة جواز الامور الناقلة للملك وتحرير المسئلة يحتاج الى التطويل نعم لو كان له الخيار خاصة فلا اشكال ويكون الرهن مبطلا للخيار وكذا يجوز للبايع رهنه لو كان الخيار له او لهما ويكون فسخا للبيع ويصح رهن المرتد ولو كان عن فطرة الصحة في غير الفطري وفي الانثى واضحة لقبول توبته فالتلف بالقيد منه اما الفطري فيشكل صحة رهنه لانه لا يقبل توبته ويجب اتلافه شرعا فينتفي غاية الرهن وهي التوثق ووجه الجواز جواز بيعه وبقاء ماليته حال الرهن وتعرضه للاتلاف لا يصلح للمنع كرهن المريض المدنف وهو اجود والجاني خطأ وفي العمد تردد والاشبه الجواز منشأ التردد في العمد من استحقاق القتل فهو في حكم التالف كما مر ومن بقاء المالية بالفعل وجواز العفو والاقوى الجواز كما يصح بيعه وقد تقدم ثم ان قتله بطل وان فداه مولاه او عفا الولي بقي رهنا واما في الخطأ فالمالية باقية من حيث عدم جواز القتل لكن معرضه للزوال باستيراق المجني عليه له او بقدر الجناية منه لو لم يفده المولى لان حقه مقدم على المرتهن فان استرقه او بعضه بطل الرهن في ذلك ايضا ويفهم من العبارة ان جواز رهن الجاني خطأ لا خلاف فيه مع ان الشيخ

منع من رهنه

الارش

منع من رهنه ايضا محتجا بتعلق الارش برقبته وفي كون رهن المولى له في الخطأ التزاما بالفداء وجهان تقدم مثلهما في البيع ولو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الاجل فان شرط بيعه جاز والا بطل وقيل يصح ويجبر على بيعه القول بالبطلان مع عدم شرط البيع للشيخ رحمه الله لعدم جواز بيعه بدون اذنه وفوات المالية بدونه فهو في قوة التالف وشمل قوله والا بطل ما لو شرطا ان لا يباع وما لو اطلق ووجه البطلان في الاول واضح لمنافاته مقصود الرهن حينئذ فيبطل واما مع الاطلاق فيبعد البطلان لانه حين الرهن مال مملوك يمكن بيعه ولا مانع من رهنه فاذا خيف فساده باعه المالك وجعل ثمنه رهنا فان امتنع اجبره الحاكم جمعا بين الحقين ويحتمل في صورة السع ذلك ايضا بتقريب ما تقدم وشرط عدم البيع لا يمنع صحة الرهن لان الشارع يحكم عليه به بعد ذلك صيانة للمال واحترز المص بقوله قبل الاجل عما لو كان لا يفسد الا بعد حلوله بحيث يمكن بيعه قبله فانه لا يمنع وكذا لو كان الدين حالا لامكان حصول المقصود منه ولو رهن ما يسرع اليه الفساد حيث صح رهنه مراجعة المالك او الحاكم حيث يمكن ضمن ولو تعذر الحاكم فان نهاه المالك عن البيع لم يضمن والا احتمل الضمان لجواز بيعه بنفسه ولا يخفى ان المراد بما يسرع اليه الفساد في المسئلة المفروضة ما لا يمكن اصلاحه بتجفيفه كالعنب والرطب والا صح رهنه قولا واحدا ووجب على الراهن تجفيفه واصلاحه لان ذلك من مؤنة حفظه كنفقة الحيوان المرهون وهو كل دين ثابت في الذمة المراد بالثابت في الذمة المستحق فيها وان لم يكن ثبوته مستقرا كالثمن في مدة الخيار واحترز بالدين عن العين فلا يصح الرهن عليها سواء كانت امانة في يده كالوديعة والعارية غير المضمونة او كانت مضمونة كالمغصوبة والمقبوضة بالسوم والمستعارة مع الضمان وعدم جواز الرهن على الاول موضع وفاق وان احتمل طرو الضمان بالتعدي واما الثاني فقد اطلق المص وجماعة المنع استنادا الى ان مقتضى الرهن استيفاء المرهون به من الرهن وفي الاعيان يمتنع ذلك لامتناع استيفاء الموجود من شيء آخر ويضعف بان الامر ليس منحصرا في الاستيفاء عند وجود العين بل يمكن التوثق باخذ عوضها عند تلفها ولا يرد مثله في الاعيان التي ليست مضمونة حيث يحتمل تجدد سبب الضمان لعدم كونها عند

الرهن مضمونة فان الرهن انما يصح عند وجود سبب الضمان اما بدين او ما في حكمه كالعين المضمونة
بخلاف ما يمكن تجدد سببه فانه كما سيجدد من الدين واطلاق الادلة الدالة على جواز الرهن على الحقوق
متناول لمحل النزاع نعم الآية الشريفة المنبهة على الرهن متعلقها الدين الا انها لا تمنع من غيره الا
من باب المفهوم الضعيف وهذا قوى وهل يلحق بالعين المضمونة المبيع وثمنه لاحتمال فساد البيع
باستحقاقهما ونحوه ونقصان قدرهما كيلا او وزنا قيل نعم اختاره الشهيد رحمه الله وجماعة لتحصيل
الفائدة وهي التوثق والارتفاق وقيل لا لعدم وجود المقتضي الآن ومتى تجدد يكون كما تجدد
في الامانات السابقة مع الاجماع على عدم جواز الرهن عليها ويمكن الفرق بان ما يتجدد من
الاسباب الموجبة للضمان منكشف عن حصوله من حين العقد كما هو واضح في نقصان المقدار واستحقاق
العين فيكون عند الرهن مضمونا في نفس الامر على تقدير الحاجة اليه بخلاف الامانات فان سبب الضمان
متجدد ظاهرا وفي نفس الامر فلا يتحقق المقتضي حين العقد وحيث جوزنا الرهن على الاعيان المضمونة
فمعناه الاستيفاء منه اذا تلفت او نقصت او تعذر الرد والا فلا وقد تقدمت الاشارة اليه
كالدية قبل استقرار الجناية اي قبل انتهائها الى الحد الذي يوجب الدية وان علم
انها تاتي على النفس لعدم ثبوت ذلك حين الرهن وما حصل بالجناية في معرض الزوال بالانتقال الى غيره
فهو في الحقيقة ليس ثابتا بعد لان الشارع لم يرتب لها حكما الى ان تستقر ثم ان كانت حالة او
لازمة للجاني كشبيه العمد جاز الرهن عليها حالة ومؤجلة وان كانت مؤجلة على العاقلة كالخطا لم
يصح الرهن عليها الى ان يحل لان المستحق عليه هنا غير مضبوط لان المعتبر من وجد منها عند الحلول
جامعا للشرائط بخلاف الدين المؤجل ومثله الدية على غير العاقلة لاستقرار الحق على مستحق
عليه معين وربما قيل بجواز الرهن على الجناية التي استمر موجبها وان لم تستقر
هي كقطع ما يوجب الدية فان غايته الموت ولا يوجب اكثر منها بخلاف ما دون ذلك
وليس ببعيد وكذا الجعالة قبل الرد اي لا يصح الرهن على مالها لعدم استحقاقه قبل
تمام العمل وان شرع فيه كما سياتي في بابه ان شاء الله واختار في التذكرة جوازه بعد الشروع

وقبل الاتمام

كالثمن

وقبل الاتمام لانتهاء الامر فيه الى اللزوم كالثمن في مدة الخيار وفيه نظر لما ذكرناه من عدم استحقاق شيء
الآن وان عمل اكثره والفرق بينها وبين البيع في زمن الخيار واضح لان البيع متى ابقي على حاله انقضت مدة الخيار
وثبت له اللزوم والاصل فيه عدم الفسخ بخلاف الجعالة فان العمل فيها لو ترك على حاله لم يستحق بسببه شيء
والاصل عدم الاكمال وكذا مال الكتابة ولو قيل بالجواز فيه كان اشبه الكتابة ان كانت مطلقة
كانت لازمة اجماعا فيجوز الرهن على مالها بغير خلاف وان كانت مشروطة فعند الشيخ رحمه الله
وجماعة انها جائزة من قبل العبد يجوز له تعجيز نفسه فلا يصح الرهن على مالها لانتفاء فائدة الرهن
وهي التوثق اذ للعبد اسقاط المال متى شاء ولانه لا يمكن استيفاء الدين من الرهن لانه لو عجز
صار الرهن للسيد لانه من جملة مال المكاتب والاقوى المشهور من لزومها مطلقا كالمطلقة لعموم الامر
بالوفاء بالعقود فيتحقق الفائدة ويصح الرهن على مالها ولو قلنا بجوازها لامتنع الرهن كالثمن في مدة الخيار
وعلى ما قررناه ما طلاق المصنف حكاية المنع اولا ثم حكمه بالجواز مطلقا ثانيا غير جيد ولا يصح على ما لا
يمكن استيفاؤه من الرهن كالاجارة المتعلقة بعين الموجر ويصح فيما هو ثابت في الذمة كالعمل المطلق
لما كان الغرض من الرهن استيفاء الدين منه مع تعذر الوفاء لا يصح الرهن على الحق المتعلق بعين مخصوصة
كالو اجر نفسه شهرا معينا او داره كذلك او دابته المعينة لحمل معين ونحو ذلك لان تلك المنفعة لا يمكن
استيفاؤها الا من العين المخصوصة حتى لو تعذر الاستيفاء منها بموت او خراب ونحوهما بطلت الاجارة
بخلاف الاجارة المتعلقة بالذمة كما لو استاجره على خياطة ثوب بنفسه او بغيره فان الواجب تحصيل
المنفعة على اي وجه اتفق ومن اي غير كان فيصح الرهن عليها لامكان الاستيفاء منه مع وجود المقتضي
فان التوثق بشيء آخر لا ينافي التوثق بآخر خصوصا مع زيادة قيمته على الاول ولا يشترط
فسخ الرهن الاول ثم تجديده لهما بل يصح الثاني بعقد جديد ويجوز العكس ايضا بان يرهن على
المال الواحد رهنا آخر فصاعدا وان كانت قيمة الاول تفي بالدين لان الجواز عرض ما يمنع من
استيفائه منه ولزيادة الارتفاق ولا ينعقد مع الاكراه اي لا ينعقد انعقادا تاما
على حد ما يقع من المختار لا انه يقع باطلا لانه لو اجازه مختارا بعد ذلك صح فهو كعقد الفضولي لا كعقد

عكس

ولو رهن على مال رهنا ثم استدان آخر وجعل ذلك الرهن عليهما جاز لعدم ص

غير كامل العقل كالصبي والمجنون حيث لا يقع وإن أجازه بعد الكمال ومن ثم فصله عنه بقوله ولا ينعقد
بعد قوله شرط تنبيها على اختلاف الحكم باختلاف العبارة ولا يخفى أن ذلك كله في غير الإكراه الرافع للقصد
فإن عبارته حينئذ تصير كعبارة غير الكامل وقد سبق تحقيق ذلك كله في البيع ويجوز لولي الطفل رهن ماله إذا
افتقر إلى الاستدانة مع مراعاة المصلحة كأن يستهدم عقاره وضابط جواز الرهن حيث تكون الاستدانة
أولى من بيع شيء من ماله بحسب نظر الولي وتوقف على الرهن وكذا يجوز ذلك حيث يجوز البيع ولم يمكن
وحيث يجوز الرهن يجب كونه في يد أمين يجوز إيداعه منه ولا فرق بين الأولياء في ذلك نبه عليه في التذكرة
وهذا الحكم لا خلاف فيه عندنا وإنما خالف فيه بعض الشافعية فمنع من رهن ماله مطلقا
ويجوز لولي اليتيم أخذ الرهن له يمكن أن يراد بالجواز معناه الخاص فلا يجب لأصالة العدم خصوصا
إذا كان الدين في ذمة ملي أو ثقة ولجواز إبضاع ماله ولا يتصور فيه الرهن والأولى أن يراد به معناه
الأعم فيشمل الوجوب وهو المراد هنا وبه قطع في التذكرة فإنه قال ولو كان المشتري موسرا
لم يكتف الولي به بل لا بد من الارتهان بالثمن قال ولو لم يحصل أو حصل الظن بيساره وأمانته
أمكن البيع نسيئة بغير رهن كما يجوز إبضاع مال الطفل انتهى وحيث يمكن الرهن يعتبر كونه مساويا
للحق أو زائدا عليه ليمكن استيفاؤه منه وكونه بيد الولي أو بيد عدل ليتم التوثق والإشهاد
عليه ولو أخل ببعض هذه ضمن ولا يجوز أن يسلف ماله إلا مع الغبطة وحيث يجوز يجب
كون المديون ثقة مليا ويرتهن على الحق ما يفي بقيمته كل ذلك مع الإمكان ولا يجوز له إقراض
ماله إلا لغبطة نعم لو خشي على المال من حرق أو غرق جاز إقراضه وأخذ الرهن المراد إقراضه
من غيره فإن ذلك غير جائز إلا مع مصلحة الطفل كخوف تلف المال فيقرضه من الثقة الملي ويرتهن عليه
ويشهد كما مر وأما إقراضه من نفسه فيحتمل كونه كذلك لأنه تصرف في مال اليتيم وهو مشروط
بالمصلحة ويحتمل جواز إقراضه مع عدم الضرر على الطفل وإن لم يكن له مصلحة لإطلاق رواية
أبي الربيع عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل ولي يتيم فاستقرض منه فقال إن
علي بن الحسين عليهما السلام قد كان يستقرض من مال الأيتام كانوا في حجره فلا بأس بذلك والرواية
مع ضعف

مع ضعف سندها مطلقة يمكن تقييدها بالمصلحة وفي التذكرة شرط في جواز إقراضه الولاية
والملاءة ومصلحة الطفل واحتج عليه بالرواية المذكورة ومن مسوغات إقراض مال اليتيم خوف
تلفها بالسوس بين الحنطة وشبهها فيقرضها من الثقة الملي مع الإمكان بالرهن مع وجوده وتعذر الإبقاء
ولو تعذر اقتصر على إقراضه من الثقة غالبا أي تعذر الرهن وظاهره وجوبه حينئذ
فشرطه تعذره في إقراضه من الثقة فيؤيد كون الجواز بمعناه الأعم ومقتضى العبارة أنه مع إمكان
الرهن لا يعتبر كون المقترض ثقة ولا مليا لانضباط الدين بالرهن وفي التذكرة اعتبار الرهن والملاءة
والثقة جميعا مع الإمكان وأسقط اعتبار الرهن مع عدم إمكانه وبقي فيهما وفي
العبارة ما لو تعذر الثقة أيضا وظاهرهما عدم جواز الإقراض حينئذ ويشكل حيث يؤدي
تركه إلى تلف المال فإنه لا مزيد على أكل المقترض له بل الظاهر أن المقترض لذلك أولى لإمكان حصوله منه
بجملته أو بعضه ما لو ترك وعلى تقدير تحقق عدم الوفاء وتحقق التلف بدونه يمكن أولوية إقراضه
لثبوته في ذمته فيحتمل تخليصه أو وارثه منه وأخذه منه في الآخرة بخلاف التلف
من الله إلا أن يثبت العوض عليه تعالى وقد يحتمل ترجيحه لأنه أكثر والمراد بقوله من الثقة
غالبا الثقة في ظاهر الحال بمعنى الاكتفاء بظاهر أمره ولا يشترط العلم بذلك لتعذره فعبر عن الظاهر
بالغالب نظرا إلى أن الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقة لأن المراد كونه في أغلب أحواله ثقة
دون القليل من أحواله فإن ذلك غير كاف والظاهر أن المراد بالثقة في هذا ونظائره العدل لأن
ذلك هو المعتبر شرعا مع احتمال الاكتفاء بالثقة العرفية فإنها أعم من الشرعية على ما يظهر الآن
من عرف الناس وإذا اشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره أو وضع الرهن
على يد عدل معين لزم ولم يكن للراهن فسخ الوكالة على تردد إطلاق الرهن لا يقتضي كون المرتهن
وكيلا في البيع لكن يجوز اشتراط كونه وكيلا في عقد الرهن لأنه من الشروط السائغة وكذا يجوز
اشتراطها للوارث من بعده والوصية لهما بذلك بعد الموت وكذا يجوز اشتراطها لغيره ولغير وارثه
فإذا شرط ذلك فهل للراهن فسخها بعده قولان أحدهما الجواز إلا أن الوكالة من العقود الجائزة

كل منهما على الفسخ اولا ان الشروط لا يجب الوفاء بها وان كانت في عقد لازم بل غايتها تسلطه

ومن شانها تسلط المشروط له على فسخ العقد المشروط فيه ان كان كما مر اولا ان لزوم الشروط انما يكون
مع ذكرها في عقد لازم كالبيع والرهن ليس كذلك فان ترجيح احدهما على الآخر ترجيح من غير مرجح وبضعف
الاول بان جواز الوكالة بحسب اصلها لا ينافي لزومها لسبب عارض كشرطها في عقد لازم وهو هنا
كذلك والثاني بمنع عدم وجوب الوفا بالشروط في العقود اللازمة وقد تقدم مع ان الوكالة
هنا نما العقد المشروط فيه كاف في تحققها فلا يحتاج بعده الى صيغة اخرى لها لان الغرض منها مجرد — ان ما
الاذن باي لفظ اتفق وقد تقدم ايضا انما العقد كاف في تحققه لجزء من الايجاب والقبول
فحيث يكون لازما يلزم وان قلنا بعدم وجوب الوفا بشرط لا يكفي العقد في تحققه والثالث
ان عقد الرهن لما كان من طرف الراهن لازما كان ما يلتزم به الراهن لازما من قبله عملا بمقتضى اللزوم
والشرط وقع من الراهن على نفسه فيلزم ولما كان من طرف المرتهن جائزا كان ما يلتزمه كذلك فيجوز
له فسخ الوكالة وهو واضح لانها حقه فيجوز له تركه واما فسخ العقد المشروط فيه فانه لا يتوجه
هنا لان فسخ المرتهن للرهن يرد ضررا نعم لو كان مشروطا في بيع مثلا توجه فسخه الا ان — شرطها
المقصود هنا شرطهما في عقد الرهن خاصة   ويبطل مع موته دون الرهانة اي يبطل
الوكالة المشروطة له او لغيره بموت المشروط له لا لكون الوكالة من العقود الجائزة ومن شانها ان تبطل بالموت
بل لان الوكالة اذن في التصرف فتقتصر فيها على من اذن له فاذا مات بطل من هذا الوجه كما تبطل العقود اللازمة
كالاجارة بموت من شرط عليه العمل بنفسه واما الرهن فلا يبطل لانه وثيقة على الدين فما دام الدين باقيا
يبقى الرهن ولا يقتضي اذنا بمجرده في التصرف كما مر فعلى هذا ينتقل الرهانة الى الوارث لو كان الميت المرتهن
والوكالة له دون الوكالة الا مع شرطها للوارث كما مر   ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل — ا
ماله حتى يعلم بعينه المراد ان الرهن لم يعلم كونه موجودا في التركة ولا معدوما ولم يحكم بكونه كسبيل
مال المرتهن اي كحكم ماله بمعنى انه لا يحكم للراهن في التركة بشيء عملا بظاهر الحال من كون ما تركه
لورثته واصالة براءة ذمته من حق الراهن اذ الرهن لم يتعلق بذمته لانه امانة ولا بماله
لاصالة بقاء ماله على ما كان من عدم استحقاق احد فيه شيئا هذا بحسب الظاهر وان كان

في نفس الامر يمكن كونه من جملة التركة وقوله حتى يعلم بعينه المراد به ان الحكم المذكور ثابت الى ان يعلم — لو دون كلام
وجود الرهن في التركة بعينا سواء علم معينا او مشتبها في جملة التركة وان كان ظاهر العبارة توهم خلاف ذلك
وان الرهن اذا لم يعلم في التركة معينا مميزا والا فهو كسبيل ماله وليس مرادا قطعا اذ لا فرق في ثبوت حق الراهن
وغيره بين العلم بكون ماله معينا في مال الآخر ومشتبها وان كان مجهول العين بطريق التخلص حينئذ الصلح
واعلم ان المص وغيره ذكروا هذه المسئلة هنا جازمين بحكمها على الوجه المذكور بعبارة متقاربة
او متحدة وذكروا نظيرها في باب الوديعة وباب القراض واستشكلوا حكمها والامر فيه كذلك فان اصالة
براءة ذمة المرتهن معارضة باصالة بقاء المال والحالة انه في يد المرتهن وقد قال صلى الله عليه وآله
على اليد ما اخذت حتى تؤدي فاذا مات ولم يعلم بعينه فاصالة بقائه وثبوت يده يقتضي كونه في
يده فاذا لم يعلم بعينه كان كالمعلوم بقاؤه وان لم يتحقق كونه من جملة التركة لاحتمال كونه في محل آخر الا
ان على المرتهن التخلص منه وحيث لم يتعين يكون مضمونا خصوصا اذا امكنه الوصاة والاشهاد
فلم يفعل وعلى هذا فيحتمل كون حق الراهن كالمال الموجود فيقدم بقدره على غيره من الديان لانه بمنزلة
الشريك حيث حكم ببقاء ماله ويحتمل كونه بمنزلة الديان لعدم العلم ببقاء عين المال واصالة بقاء
بحسب الظاهر فيكون بمنزلة الدين ويمكن ان يبنى على اصل هذا الاشكال التعارض بين الاصلين السابقين — يقي
فان اصالة بقاء المال يمكن ان يجامعه اصالة البراءة لان المال بيد المرتهن غير مضمون بل هو امانة
ثم يمكن تلفه بغير تفريط فلا يكون مضمونا وحديث على اليد ما اخذت حتى تؤدي لا يدل بخصوصه
على الامانات ولم يعلم هنا ما يزيل الامانة فيبقى اصالة براءة الذمة دافعة لاستحقاق الراهن
عين المال والذمة لعدم التعارض فيتم ما اطلقوه حيث يشتبه الحال وهذا البحث جار في كل — عن
امانة يمكن تلفها قبل الموت بغير تفريط   ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن موضع الشبهة الموجبة
لذكر المسئلة ما لو كان وكيلا في البيع فانه يجوز له ان يبيعه ويتولى طرفي العقد لان الغرض — من نفسه
وهو البيع بثمن المثل حاصل وخصوصية المشتري ملغاة حيث لم يتعرض لها وربما قيل بالمنع لان
ظاهر الوكالة لا يتناوله والاقوى الجواز كما في كل وكالة وكذا يجوز له ان يبيع على ولده بطريق اولى — ١١

ومنع ابن الجنيد من بيعه على ولده ونفسه وشريكه ومن يجري مجراهما لتطرق التهمة اليه والمرتهن
احق باستيفاء دينه من الغرماء سواء كان الراهن حيا او ميتا على الاشهر لتحقق التعارض في الحي
اذا كان مفلسا محجورا عليه اذ بدونه يتخير في الوفاء والخلاف في تقديم المرتهن على غرماء الميت
فقد روي انه حينئذ وغيره سواء والاقوى تقديمه مطلقا لسبق تعلق حقه بالعين
والرهن امانة لا يضمنه لو تلف ولا يسقط من حقه شيء ما لم يتلف بتفريط هذا هو المشهور
بل ادعى عليه الشيخ الاجماع وقد روي انه لو تلف بغير تفريط يقع التقاص بين قيمته وبين
الدين فهو متروك وعليه ينزل المص بقوله ولا يسقط من حقه شيء والا فلولا الرواية لم يصح
اطلاق سقوط شيء من حقه وان حكم بضمان الرهن لان الدين قد لا يكون من جنس ما يضمن به التالف
ولا يسقط من الحق شيء وان كان التالف مضمونا لاختلاف الحقين ولو تصرف فيه
بركوب او سكنى او اجارة ضمن ولزمه الاجرة ضمان الاجرة في الاولين واضح لانه انتفاع
بمال الغير بغير اذنه فيضمن اجرته واما ضمان الاجرة بالاجارة فانما يتم في مدة لها اجرة عادة
لا بمجرد عقد الاجارة كما يقتضيه ظاهر العبارة وان كان ذلك يعد تعديا الا ان الاجرة
لا يترتب عليه الا بمضي مدة يحتملها كما لا يخفى ثم على تقدير ضمان الاجرة في الثلاثة يختلف
كيفية الضمان فان المضمون في الاولين اجرة المثل واما الثالث فاذا مضت
مدة الاجارة او ما يقابل باجرة فان الراهن يتخير بين فسخ الاجارة والرجوع باجرة المثل
وبين الاجارة فيرجع بالمسمى وان كان للرهن مؤونة كالدابة انفق عليها وتقاصا
وقيل اذا انفق عليها كان له ركوبها او يرجع على الراهن بما انفق القول للشيخ رحمه الله
استنادا الى رواية ابي ولاد والمشهور انه ليس للمرتهن التصرف في الرهن مطلقا الا باذن
الراهن فان تصرف لزمته الاجرة فيما له اجرة المثل او القيمة فيما يضمن بذلك كاللبن
واما النفقة فان امره الراهن بها رجع بما غرم والا استاذنه فان امتنع او غاب
رفع امره الى الحاكم فان تعذر انفق هو بنية الرجوع واشهد ليثبت له استحقاقه
فان تصرف

النقاص (في هامش)
ثم مضي مدة تقابلها (في هامش)
كذلك (في هامش)
عليه (في هامش)

فان تصرف مع ذلك في شيء مما ذكرناه ضمنه مع الاثم وتقاصا ويرجع ذو الفضل بفضله وهذا
هو الاقوى والرواية محمولة على الاذن في التصرف والانفاق مع تساوي الحقين وربما قيل بجواز الانتفاع
بما يخاف فوته على المالك عند تعذر استيذانه واستيذان الحاكم واستحسنه في الدروس وفي الرواية
دلالة عليه ويجوز للمرتهن ان يستوفي دينه مما في يده ان خاف جحود الوارث مع اعترافه المراد انه
لم يكن وكيلا في البيع اما لو كان وكيلا جاز بطريق الاولى ابتداء واما بعدها بموت الراهن كما مر فانه يجوز له ان يبيع بنفسه
ويستوفي ان خاف جحود الوارث ايضا ولم يكن وكيلا كل ذلك مع عدم البينة المقبولة عند الحاكم
والا لم يجز بل يثبت عنده الدين والرهن ويستاذنه في البيع وربما الحق بخوف الجحود احتياجه
الى اليمين فيجوز الاستبداد بالبيع دفعا له وليس بمعتمد ولو وطئ الامة مكرها كان عليه عشر قيمتها
او نصف العشر وقيل مهر امثالها المراد العشر ان كانت بكرا ونصف العشر ان كانت ثيبا وقيل
مهر امثالها مطلقا لانه عوض الوطئ شرعا وربما قيل بتخيير المالك بين الامرين ورجحه الشهيد في بعض
حواشيه وهل يجمع مع ذلك ارش البكارة ولا يدخل في المهر يحتمله لانه عوض جزء فائت والمهر على اي
وجه كان عوض الوطء فان قيل اذا وجب ارش البكارة صارت ثيبا فيجب معه عليه مهر الثيب
خاصة قلت اذا وطئها بكرا فقد استوفى منفعتها على تلك الحال وفوت جزءا منها فيجب عوض كل
منهما ولا يستلزم التداخل لان احدهما عوض جزء والآخر عوض منفعة وربما قيل بدخوله في العشر
وعدم دخوله في مهر المثل واكثر عبارات الاصحاب هنا مطلقة ولو طاوعته لم يكن عليه شيء
هذا هو المشهور ومستنده قوله صلى الله عليه وآله لا مهر لبغي وهو نكرة في سياق النفي
فتعم وفيه منع دلالته على موضع النزاع لان الامة لا تستحق المهر ولا تملكه ولا ينافي
استحقاق سيدها له مع كون التصرف وقع في ملكه بغير اذنه وايضا فالمهر شرعا يطلق على عوض
بضع الحرة حتى سميت بسببه مهيرة بخلاف الامة فالنفي محمول عليها لهذين الوجهين مضافا
الى ما ذكرناه فثبوت المهر اقوى والمراد به احد الامرين السابقين ثم على تقدير نفيه لا شبهة
في ارش البكارة هنا لانها جناية على مال الغير فيثبت ارشها ولو استبرأ اقبضه الحاكم
ولو امتنعا

للدين والمراد الخوف المستند الى القرائن المشيرة للظن الغالب وكذا يجوز له ذلك لو خاف جحود الراهن صح المرتهن ص (في هامش)
احد (في هامش)
ثبوته (في هامش)

ولو كانا غايبين واراد تسليمه الى الحاكم او الى عدل آخر من غير ضرورة لم يجز وضمن المراد بالاول انهما استترا عمداً
لئلا تسلماه منه مع طلبه منهما تسليمه فانه حينئذٍ يرفع امره الى الحاكم اذ لا يجب عليه الاستمرار على الاستيداع
والحاكم ولي الممتنع اما لو كانا غايبين اتفاقاً فان المستودع يجب عليه الصبر الى ان يحضر اذا لم يحصل
منهما تقصير فان عرض له عذر عن ابقائه في يده كسفر عزم عليه او مرض خاف منه دفعه الى الحاكم حينئذٍ لانه
ولي الغايب وللحاكم ايضاً ان ينصب عدلاً يقبضه لهما لا انتقال اذا كان الحاكم ولي الغايب فللعدل اليه
دفعه مع غيبتهما وان لم يكن ضرورة كالدفع الى مالكه كذلك لانا نقول ان ولاية الحاكم ليست
كولاية المالك مطلقاً بل هي منوطة بالحاجة والمصلحة ومن القواعد المقررة وسيأتي في بابها ان الودعي
ليس له دفع الوديعة الى الحاكم مع امكان المالك ولا مع غيبته الا مع الضرورة وهذه من افراد تلك
ولو كان الحاكم كالمالك لجاز الدفع اليه في الموضعين وفي هذا الفرق بحث ولو تعذر الحاكم واضطر الى الايداع
اودعه الثقة واشهد عليه ولا ضمان عليهم ولو وضعه على يد عدلين لم ينفرد به احدهما ولو اذن له
الآخر لان الراهن لم يرض بامانة احدهما منفرداً فلا يجوز لاحدهما الانفراد وان اذن الآخر ومتى سلمه
احدهما الى صاحبه ضمن كل منهما في الجملة لكن هل يضمن الجميع بناء على ان كلاً منهما يجب عليه حفظه اجمع
وقد حصل منه سبب الضمان للجميع فيتخير المالك في تضمين ايهما شاء ام يضمن النصف لانهما
بمنزلة امين واحد والواجب عوض واحد وهما متساويان في ثبوت سبب الضمان لان احدهما سلم والآخر فرط
والآخر بالعدوان فيه وجهان اجودهما الاول لما ذكر وضعف الثاني يمنع كونهما بمنزلة امين
واحد بل كل واحد منهما امين على الجميع وان كان قد شرط انضمامه الى الآخر وتساويهما في ثبوت سبب الضمان
لا يقتضي التقسيط كما لو ترتبت ايدي الغاصبين على العين الواحدة وعلى هذا فالاجود استقرار
الضمان على من تلفت في يده مع احتمال استقراره على من ضمنه المالك ولو باع المرتهن الرهن
او العدل ودفع الثمن الى المرتهن ثم ظهر فيه عيب لم يكن للمشتري الرجوع على المرتهن اما لو استحق الرهن
استعاد المشتري الثمن منه الفرق بين العيب والاستحقاق ان العيب لا يبطل البيع وانما يبطل
بفسخ المشتري من حين الفسخ وهو مسبوق بقبض المرتهن وتعلق حق الوثيقة به سواء كان قد

اخذه من دينه

اخذه من دينه ام ابقاه وثيقة بل تعلق الوثيقة به في الحقيقة حصل بمجرد البيع لانه وقت نقل
الثمن الى الراهن فلا يبطل الفسخ الطاري من المشتري بل يرجع المشتري على الراهن بعوض الثمن بخلاف ظهور
استحقاق الرهن فانه يبطل البيع من اصله ولا يدخل الثمن في ملك الراهن ولا يصح قبض المرتهن له وحينئذٍ
يطالب به من هو في يده من العدل والمرتهن ولو وجده تالفاً فان كان تلف في يد العدل والمشتري
عالم بانه وكيل فالرجوع على الراهن وان لم يعلم رجع على العدل لانه المعامل له والثمن مملوك للمشتري فيكون
مضموناً على من هو في يده ظاهراً ويرجع العدل على الراهن وان كان التالف في يد المرتهن رجع عليه بالعوض
ايضاً وهل يغرمه المرتهن او يرجع على الراهن نظر ومقتضى قواعد الغصب رجوعه مع جهله وعلم الراهن
بالاستحقاق لغروره والكلام آتٍ فيما لو تلف الرهن في يد المرتهن ثم ظهر مستحقاً وإذا مات
المرتهن كان للراهن الامتناع من تسليمه الى الوارث وضع الرهن في يد المرتهن او غيره مشروطاً باتفاقهما
فان شرطا شيئاً في عقد الرهن تعين والا فعلى حسب ما يتفقان عليه فاذا كان في يد المرتهن
بالاشتراط او بالاتفاق فمات لم يجب على الراهن ابقاؤه في يد وارثه فانه قد يرضى بامانة من المورث ولا يرضى
من الوارث وكذا للوارث الامتناع من تسليم الرهن له وح ان اتفقا على احدٍ ممن يجوز توكيله
وان لم يكن عدلاً جاز والا يسلمه الحاكم او يسلمه الى عدل يقبضه لهما وكذا لو مات الراهن فلورثته الامتناع
من ابقائه في يد المرتهن والعدل لانهما في الحقيقة بمنزلة الوكيل يبطل وكالته بموت الموكل وان كان شرط في عقد
الرهن الا ان يشترط استمرار الوضع بعد موته فيكون بمنزلة الوصي في الحفظ ولو خان
العدل نقله الحاكم الى امين غيره ان اختلف المرتهن والمالك اذا اتفقا على وضعه على يد عدل فخان فان
اتفقا على بقائه في يده او يد غيره فلا كلام والا رفع الممتنع امرها الى الحاكم يخرجه من يده الى يد عدل
غيره وكذا لو تجدد للعدل عداوة دنيوية لاحدهما او ضعف عن حفظه ولو اختلفا في التغير
المجوز للنقل بحث عنه الحاكم فان ظهر التغير نقله والا اقره وكذا لو كان في يد المرتهن فادعى
الراهن تغير حاله ولا يجوز للراهن التصرف في الرهن باستخدام ولا سكنى ولا اجارة لما كان
الرهن وثيقة لدين المرتهن اما في عينه او بدله لم يتم الوثيقة الا بالحجر على الراهن وقطع سلطنته ليتحرى

اداء فمن ثم منع الراهن من التصرف في الرهن سواء ازال الملك كالبيع ام المنفعة كالاجارة ام انقص
المرهون وقلت الرغبة فيه كالتزويج ام زاحم المرتهن في مقصوده كالرهن لغيره ام اوجب انتفاعا وان
لم يضر بالرهن كالاستخدام والسكنى ولا يمنع من تصرف يعود نفعه على الرهن كمداواة المريض ورعي الحيوان
وتابير النخل وختن العبد وخفض الجارية ان لم يؤد الى النقص اذا تقرر ذلك فاذا تصرف الراهن
مما يمنع منه فان كان بعقد كان موقوفا على اجازة المرتهن فان اجازه صح والا بطل وان كان بانتفاع
منه او ممن يسلط عليه ولو بعقد لم يصح وفعل محرما ثم ان قلنا ان النماء المتجدد يتبع ثبت عليه اجرة الرهن صح
ذلك ان كان مما له اجرة عادة وكانت رهنا وان لم نقل بالتبعية لم يلزمه شيء واطلق الشيخ رحمه الله
انه لو اجره فالاجرة له وجوز للراهن الانزاء على الانثى مطلقا وهو ضعيف لتعرضه للنقص ولانه
انتفاع في الجملة ينافي الحجر هذا كله اذا لم يكن العقد او الاذن من الراهن للمرتهن فلو كان زعمه بان
اجره او اسكنه او احل له الوطء او باعه ونحو ذلك لانحصار الحق فيهما كما لو اتفقا على ذلك للغير صح
وفي صحة العتق تردد والوجه الجواز منشأ التردد من كون العتق ايقاعا فلا يكون موقوفا مع الاجازة صح
لاعتبار التنجيز فيه ومن ان المانع حق المرتهن وقد زال باجازته وهو اقوى ويمنع منافاة الوقف
المذكور على التنجيز كغيرها من العقود التي يشترط فيها ذلك ايضا فان الوقف الممنوع هو توقف للتنجيز
المقتضي على شرط لا على زوال مانع وعلى هذا لو لم يطلقه المرتهن الى ان افتك الرهن لزم
وكذا المرتهن عطف على اول المسئلة والمشبه به عدم جواز تصرف الراهن في الرهن بشيء من
الامور المذكورة سابقا الا على مسئلة العتق لانها تاتي وفي عتقه مع اجازة الراهن تردد
والوجه المنع وجه التردد قريب مما سبق الا ان المنع هنا اقوى لان اكثر الاصحاب
لم يتوقف في حكمه لان المرتهن غير مالك ولا عتق الا في ملك فيكون كالفضولي لا يصح عتقه بالاجازة
ما لم يسبق الاذن اي اذن الراهن للمرتهن في العتق فانه يصح العتق لزوال المانع وقد صح
يشكل بان المرتهن غير مالك فاذن الراهن له لا يصيره مالكا لما تقدم ويندفع بما سياتي ان شاء الله
في العتق من ان الماذون له ~~قبل ايقاع الصيغة~~ عن غيره يصح عتقه وينتقل اليه ولو كان اذن الراهن
للمرتهن

يملك الامر والماذون له قبل ايقاع الصيغة آنا ما او ما الصيغة المقترنة بالامر او الاذن صح

للمرتهن في عتقه مطلقا او عن الراهن فلا اشكال لان المرتهن حينئذ وكيل عن المالك ولو حملت العبارة على ذلك
كان اولى واسترحنا من ذلك الاشكال الموقوف زواله على امور خفية وهل تباع قيل لا ما دام
الولد حيا وقيل نعم لان حق المرتهن اسبق والاول اشبه اذا وطئ الراهن امته المرهونة فاحبلها
صارت ام ولد سواء وطئ باذن المرتهن ام لا وان لزمه الاثم في الثاني والتعزير وعلى التقديرين
لا يبطل الرهن لعدم المنافاة بينه وبين الاستيلاد لجواز موت الولد وهل يجوز بيعها مع حيوته
لاجل الدين اقوال احدها الجواز مطلقا لاطلاق الامر ببيع الرهن في الدين وسبق حق
المرتهن على الاستيلاد وثانيها المنع مطلقا للنهي عن بيع ام الولد وتشبثها بالحرية وبناء
العتق على التغليب كل ذلك ما دام ولدها حيا زمن الرهن وثالثها التفصيل باعسار الراهن
فتباع ويساره فيلزمه القيمة من غيرها تكون رهنا جمعا بين الحقين اختاره في التذكرة وهو
قول الشيخ في الخلاف ومرجع الاقوال الى تعارض ادلة منع بيع ام الولد وتسويغ بيع
الرهن فمنهم من جمع بينهما ومنهم من رجح والاقوى ترجيح جانب الرهن لسبق سببه وتجويز
البيع مطلقا اقوى وربما قيل بجواز بيعها مع وطئه بغير اذن المرتهن ومنعه مع وقوعه
باذنه واختاره الشهيد رحمه الله في بعض حواشيه فتكون الاقوال اربعة ولو وطئها الاشبه
الراهن باذن المرتهن لم يخرج عن الرهن بالوطء الاشبه في عدم خروجها عنه بمجرد الوطء
اذ لا منافاة بينهما بل لا يخرج بالحبل ايضا كما قدمناه وان منعنا من بيعها لامكان موت الولد
فانه مانع فاذا زال عمل السبب السابق عمله ولو اذن له في بيعها بطل الرهن ولا يجب جعل فباع
الثمن رهنا لما كان حق المرتهن متعلقا بعين الرهن فاذا اذن للراهن فيما فيه زوال الملك عنه
فان كان بغير عوض كالعتق والهبة فلا اشكال في عدم لزوم اقامة بدله لزوال متعلق الرهن
وهو العين باذن المرتهن سواء كان الدين حالا ام مؤجلا وان كان بعوض كالبيع فالمشهور انه كذلك
لعين ما ذكر وللشيخ رحمه الله قول بان الاذن ان كان بعد محل الحق يكون الثمن رهنا مكانه لان عقد
الرهن يقتضي بيع الرهن عند محله فينصرف الاذن اليه هذا كله مع عدم شرط جعل الثمن رهنا

لعموم قوله
قطعاً
عند الاذن في البيع ولا لزوم لقوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم ولا فرق في ذلك ايضاً
بين ان يكون الدين حالاً او مؤجلاً ومثله في الجواز ما لو كان الدين مؤجلاً فاذن للمرتهن في البيع بشرط ان
يعجل حقه من ثمنه فيلزم الشرط لانه شرط سائغ تدعو الحاجة اليه نبه عليه في التذكرة
ولو اذن الراهن للمرتهن في البيع قبل الاجل لم يجز للمرتهن ان يتصرف في الثمن الا بعد حلوله ولو كان بعد حلوله صح
ووجه عدم الجواز ظاهر لعدم استحقاقه حينئذ والاذن في البيع لا يقتضي الاذن في تعجيل
الاستيفاء ولو كان ذلك بعد الحلول فقد اطلق المص صحة التصرف للمرتهن وهو مبني على كون الثمن
موافقاً للحق جنساً ووصفاً فلو خالفه لم يجز التصرف فيه الا باذن المرتهن كما لا يكون له التصرف في نفس
الرهن لا يتفاوت الى معاوضة اخرى   واذا حل الاجل وتعذر الاداء كان للمرتهن البيع ان كان وكيلاً
والا رفع امره الى الحاكم ليلزمه البيع فان امتنع كان له حبسه وله ان يبيع عليه   هذا حكم استيفاء المرتهن
حقه من الرهن وحاصله انه ان كان وكيلاً باع الرهن بنفسه مع حلول الدين اما باصله او بانقضاء
اجله حتى لو كان حالاً فله البيع في مجلس الرهن ما لم يشترط عليه تأخير التصرف الى مدة فيقوم
مقام تأجيل الدين وان لم يكن وكيلاً طلب من الراهن البيع او الاذن فيه فان فعل والا رفع امره الى الحاكم
والمص رحمه الله طوى هذه الواسطة لظهور امرها فيلزمه الحاكم بالبيع او يبيع عليه لانه ولي الممتنع
وهذا كله لا اشكال فيه وانما يقع الاشتباه في موضعين احدهما لو كان حقه لا يمكن
اثباته عند الحاكم لعدم بينة مقبولة او حاضرة عنده والثاني ما لو تعذر وصوله
الى الحاكم لعدمه او لبعده فيحتمل قوياً جواز استقلاله بالبيع بنفسه ويستوفي حقه كما لو ظفر صح
بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بينة وهو خيرة التذكرة بل فرضها انما هو الدفع
من ذلك وهو ما لم يكن في البلد حاكم والظاهر ان المعتبر بعده بحيث يشق الوصول اليه عادة لا مطلق يشق
كونه في غير البلد ولو امكن اثباته عند الحاكم بالبينة لكن افتقر الى اليمين لكون المدعى عليه غائباً
ونحوه فالظاهر انه غير مانع ولا يجوز له الاستقلال لامكان الاستيفاء من وكيل المديون
وهو الحاكم فلا يستقل بنفسه مع احتمال الجواز دفعاً للمشقة الحلف بالله تعالى

الرهن لازم

الرهن لازم من جهة الراهن ليس له انتزاعه الا مع اقباض الدين او الابراء او تصريح المرتهن ر باسقاط
باصلاح حقه من الارتهان   عقد الرهن ذو جهتين بالنسبة الى الجواز واللزوم فهو
لازم من قبل الراهن جائز من قبل المرتهن والفرق ان الراهن يسقط حق غيره والمرتهن يسقط حق
نفسه وليس له نظير في العقود الا الكتابة المشروطة عند الشيخ رحمه الله فانها لازمة
من قبل السيد جائزة من قبل العبد نعم ربما ناسبه عقد الفضولي من احد الجانبين فانه لازم من
قبل من عقد لنفسه جائز من قبل من عقد عنه فضولاً وعلى هذا امكن تشبيه في سائر العقود على
هذا الوجه اذا تقرر ذلك فلا يجوز للراهن انتزاعه بغير اذن المرتهن مطلقاً وما استثناه المص
يخرجه عن كونه رهناً فالاستثناء فيه منقطع وجملة ما ذكره من مبطلات الرهن ثلاثة
احدها اقباض الدين ولا يعتبر كونه من الراهن بل لو اقبضه غيره وان كان متبرعاً فك الرهن
وفي حكمه ضمان الغير له مع قبول المرتهن والحوالة به وثانيها ابراء المرتهن له من الدين وفي حكمها
الاقالة المسقطة للثمن المرهون به او المثمن المسلم فيه المرهون به وبالجملة فالضابط براءة ذمة
الراهن من جميع الدين ولو عبر به المص كان اشمل مضافاً الى الثالث وهو اسقاط المرتهن حقه
من الرهن فانه بمعنى فسخه لعقدها وامره واضح لجوازه من قبله بقي في المسئلة امر آخر وهو ما لو
اقبضه او ابراه منه فهل يكون حكمه حكم ما لو اقبض الجميع او ابراه منه يحتمل ذلك لان الرهن انما وقع البعض
في مقابلة مجموع الدين من حيث هو مجموع وقد ارتفع بعضه فيرتفع المجموع ضرورة ارتفاعه
بارتفاع بعض اجزائه وعلى هذا يبطل الرهن بسقوط جزء من الدين وان قل ويحتمل بقاؤه
اجمع ما بقي جزء من الدين نظراً الى الغالب من تعلق الاغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن
وهذا هو الذي قواه في الدروس وادعى في المبسوط انه اجماع والاول مختار القواعد
نعم لو شرط كونه رهناً على المجموع لا على كل جزء منه فلا اشكال في الاول كما انه لو شرط كونه رهناً
على كل جزء فلا اشكال في بقائه ما بقي جزء وعلى الاول لو برئ الراهن شيئاً من الدين بقي وجوب وصوله في غير
ما يلزم منه نقص المالية كمال السلم وثمن المبيع نظراً الى ادائه الى الضرر لانفساخ ومن وجوب قبض

بعض الحق في غير ما ذكر ويمكن ان يلحق هذا الفرد بنقض هذا الضرب بعض المناسبة فان ابطال الرهن من جهة
بعض خصوصا مع اعتبار الراهن فيؤدي الى الضرر المنفي وبقي في المسئلة عند الاطلاق احتمال ثالث
وهو مقابلة اجزاء الرهن باجزاء الدين وتقسيطه كما هو مقتضى كل معاوضة فاذا برئ من بعض الدين ينفك
من الرهن بحسابه من النصف النصف ومن الثلث الثلث وهكذا وهذا الاحتمال موجه لان
اطلاق المقابلة بين الامرين في المعاملة يقتضي ذلك الا انه يشكل بما لو تلف جزء من المرهون فانه يقتضي
ان لا يبقى الباقي رهنا على مجموع الدين بل على جزء بنقصه الحساب ويمكن اندفاع هذا بما ذكروه في
توجيه الاحتمال الثاني من تعلق الغرض باستيفاء الدين كله من الرهن ومرجعه الى دلالة العرف على هذا المعنى
وبعد ذلك يبقى امانة في يد المرتهن لا يجب تسليمه الا مع المطالبة المراد انه يبقى في يد المرتهن
بعد انفساخ الرهن امانة مالكية لا شرعية ومن لوازمها عدم وجوب تسليمها الى مالكها الا بطلبه
بخلاف الشرعية وانما كان كذلك لانه مقبوض باذن المالك وقد كان وثيقة وامانة فاذا سقطت
الوثيقة بقيت الامانة فيصير بمنزلة الوديعة لا بمنزلة ما لو اطارت الريح ثوبا الى دار انسان حيث
يلزمه رده الى مالكه ابتداء او اعلامه وهذا ونحوه هو المعبر عنه بالامانة الشرعية حيث ان
الشارع جعله امينا عليه دون المالك فيجب المبادرة الى احد الامرين لان المالك لم يرض بكونه في
يده وينبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث ذهب الى انه اذا قضاه يكون مضمونا واذا ابراه
ثم تلف الرهن في يده لم يضمنه استحسانا وهو تحكم بل ينبغي العكس فانه مع القضاء يكون
المالك عالما بفكاك ماله فاذا لم يطالب به فقد رضي ببقائه امانة واما الابراء فقد لا يعلم
به الراهن فلا يكون تاركا لماله باختياره قال في التذكرة ينبغي ان يكون المرتهن اذا ابرأ الراهن
من الدين ولم يعلم الراهن ان يعلمه بالابراء او يرد الرهن عليه لانه لم يتركه عنده الا على سبيل
الوثيقة بخلاف ما اذا علم لانه قد رضي بتركه في يده وهو حسن ولو شرط ان لم يؤد ان
يكون الرهن مبيعا لم يصح المراد انه رهنه الرهن على الدين المؤجل وشرط له انه ان لم يؤد الدين في ذلك
الاجل يكون الرهن مبيعا بالدين او بقدر مخصوص فانه لا يصح الرهن ولا البيع اما الرهن فلانه

لا يتوقف

لا يتوقف الا على الوفاء واما البيع فلانه لا يتعلق وعبارة المصنف مطلقة الا انها تنزل على ذلك وان كان
الاطلاق مبطلا ايضا الا انه حيث لم يعين وقتا لا يتحقق عدم الوفاء ما دام الراهن حيا فيتعلق
البيع على الوفاة وهو غير صحيح ايضا الا ان الاصحاب وغيرهم فرضوها كما ذكرناه وقد يكتفى في تعليل
بطلان الرهن ببطلان البيع المعلق وهو شرط فاسد دخل على العقد فافسده كما تقدم وخالف
في ذلك بعض العامة فصحح الرهن وافسد البيع لان الراهن اذا رضي بالرهن مع هذا الشرط كان اولى ان
يرضى به مع بطلانه وفساده ظاهر لان مجرد الرضا غير كاف مع اختلال شرائط العقد اذا تقرر
ذلك فلو قبضه المرتهن على هذا الوجه ضمنه بعد الاجل لا قبله لانه في مدة الاجل رهن فاسد
وبعده مبيع فاسد وفاسد كل عقد يتبع صحيحه في الضمان وعدمه فحيث كان صحيح الرهن غير
مضمون كان فاسده كذلك وحيث كان صحيح البيع مضمونا فقد دخل القابض على الضمان
ودفع المالك عليه مضافا الى قوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهذا
واضح وحيث يكون غير مضمون يكون التسليم واقعا على اعتقاد صحة العقد فلم يقصد المسلم
ضمانا بل سلم على قصد العدم ولم يلتزم المتسلم ضمانا ايضا فينتفي المقتضي له وهذا
القسم انما يتم لو كانا جاهلين بالفساد او عالمين به لاذن الدافع بالقبض فيكون على الامانة
وكذا لو كان الدافع عالما به والقابض جاهلا اما لو انعكس اشكل من حيث ان القابض اخذ
بغير حق والدافع يتوهم اللزوم والالما رضي بدفع ماله فينبغي ان يكون مضمونا لعدم الجزء الثاني
الا ان الاصحاب وغيرهم اطلقوا القول في هذه القاعدة لم يخالف فيها احد ويمكن توجيهه ايضا
بان المالك اذن في قبضه على وجه لا ضمان فيه والمسلم يسلم منه كذلك وعدم رضاه
لو علم بعدم اللزوم غير معلوم فالاذن حاصل والمانع غير معلوم ولو غصبه ثم
رهنه صح ولم يزل الضمان وكذا لو كان في يده ببيع فاسد ولو اسقط عنه الضمان صح
الضمير البارز في غصبه ورهنه يعود الى المال المجعول رهنا واما المستكن فيهما فلا يخلو
من خفاء فيمكن ان يكون الفعلان مبنيين للمعلوم فيعود ضمير غصب الى فاعل الغصب

لعدم
الثالث

المدلول عليه بالمقام المكتفى به لامن اللبس وضمير رهن يعود الى المغصوب منه المدلول عليه بالغصب لاستلزامه
غاصبا ومغصوبا ومغصوبا منه وعلى هذا يصير ضمير رهنه البارز احد مفعوليه والثاني محذوف
والتقدير رهنه منه او اياه او الغاصب ونحوه ويمكن بناء الصيغة الاولى للمجهول وضمير المستكن نائب الفعل وضمير
رهنه المستكن يعود اليه اى لو غصب انسان ماله ثم رهنه ذلك المغصوب منه والتقدير انه رهنه من الغاصب
الا ان فيه قصور العبارة عن تادية هذا التقدير ولا بد منه لانه مفروض المسئلة الا انه يظهر بمعونة ما ياتي
من قوله ولم يزل الضمان ويمكن العكس بان يبنى الصيغة الاولى للمعلوم والثانية للمجهول ويقدر الاول كما مر وضمير رهنه
المستكن الذي هو نائب الفاعل يعود الى الغاصب والبارز الى المضمر في غصبه ولا يحتاج الى بيان الفاعل لظهور ان
الراهن شرعا لا يكون الا المالك المغصوب منه وهذا الوجه الاخير اوجه الثلثة وان اشتركت في الدلالة على
صعوبة تاليف العبارة اذا تقرر ذلك فقد عرفت مما تقدم انه يجوز رهن العين المغصوبة عند الغاصب
والخلاف في ان قبضه هل يتحقق بمجرد العقد او لا بد فيه من اذن جديد وان المص اختار تحققه بمجرد
العقد اكتفاء بالقبض السابق وبقي هنا في ان الضمان الذي كان قد حصل بالغصب هل يزول بالرهن ام لا وانما الكلام
يقع الاشتباه لو اكتفينا بالقبض السابق كما اختاره المص اما لو قلنا بافتقار الرهن الى قبض جديد فلا شبهة
في انه قبله مضمون لانه مقبوض قبله بالغصب والمص رحمه الله حكم ببقاء الضمان وان تحقق القبض المصحح
للرهن ووجهه ان الضمان ان كان حاصلا من قبل ولم يحصل ما يزيله فيستصحب وانما قلنا انه لم يحصل
ما يزيله لان الحاصل هو الرهن المقبوض يجامع الضمان كما لو تعدى المرتهن في الرهن فانه يصير مضمونا
ضمان الغصب وهو رهن كما كان واذا لم يكونا متنافيين استمر الضمان لعدم المعارض ولقوله صلى الله
عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولان ابتداء كل شيء اضعف من استدامته بناء على احتياج
المبتدا الى المؤثر قطعا واستغناء الباقي عنه والخلاف في احتياجه فان المتفق على احتياجه
اضعف من المختلف فيه واذا كانت حالة الرهن القوية وهي استدامته لا تمنع حالة الضمان
الضعيفة وهي ابتداؤه كما اذا طرى التعدي على الرهن فلان لا تمنع حالة الرهن الضعيفة وهي
ابتداؤه حالة الضمان القوية وهي استدامته فيما لو طرى ابتداء الرهن على استدامة الغصب اولى خصوصا

وقد تقدم

وقد تقدم ان وجه الاكتفاء بالقبض السابق وان كان غصبا صدق قوله تعالى فرهان مقبوضة اعم من كونه
مقبوضا امانة او عدوانا وحينئذ فيبقى ضمان الغصب مستمرا الى ان يقبضه المالك ثم يرده اليه او يسقط عنه ضمانه
واستقرب العلامة في القواعد زوال الضمان هنا بمجرد العقد لانصراف القبض المستدام بعده الى الرهن المقتضي المستدام
لصورته امانة ولزوال السبب المقتضي للضمان لانه لم يبق غاصبا فلا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدوث
سبب يخالف حكمه حكمه وحدوث التعدي في الرهن يوجب الضمان للعدوان لا للغصب والحال ان هنا قد
زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجبه والاقوى الاول وقد عرفت انه لا منافاة بين انصراف القبض الى الرهن وبقاء
الضمان والوجهان آتيان فيما لو لم يكتف بالقبض السابق وجدد له المالك الاذن في القبض ويقرب الدليل الا ان
زوال الضمان هنا اقوى لان اذن المالك له في قبضه بمنزلة قبضه اياه ثم دفعه اليه لانه حينئذ كوكيله بخلاف
السابق وهذا البحث آت في كل قبض مضمون كالقبض بالبيع الفاسد والسوم على العواري والمستعير المفرط
والمشروط عليه الضمان لاشتراك الجميع في المعنى   وما يحصل من الرهن من فائدة فهي للراهن   المراد ما
يحصل منه زوائده وفوائده متصلة كانت ام منفصلة متولدة كالثمرة ام لا كالكسب فان جميعها
ملك الراهن تبعا للاصل فان حبسه بحق المرتهن لا يخرجه عن حقيقة الملك ويبقى انه هل يدخل معه
في الرهن ام لا وسياتي   ولو حملت الدابة او الشجرة او المملوكة بعد الارتهان كان الحمل رهنا كالاصل
على الاظهر عدوله عن المسئلة السابقة الى الامثلة المذكورة يوهم ان الخلاف فيما ذكروه وقد كان
الاولى تفريعها على السابق بان يقول بعد الحكم بكون الفوائد ملكا للراهن وهل يدخل في الرهن تبعا للاصل ام لا
ويحكم بما يختاره والحاصل ان فوائد الرهن وزوائده المتجددة بعد الارتهان ان كانت متصلة اتصالا
لا يقبل الانفصال كالسمن والطول دخلت اجماعا وان كانت منفصلة كالثمرة والولد او يقبل الانفصال
كالشعر والثمرة قبل الجذاذ ففي دخولها قولان احدهما وهو المشهور بل ادعى عليه ابن ادريس
الاجماع وما اختاره المص وهو دخولها فيه ووجهه اما الاجماع المنقول بخبر الواحد او ان النماء
من شانه تبعية الاصل في الحكم كما تبع ولد المدبرة لها فيه والثاني عدم الدخول ذهب اليه
الشيخ وتبعه العلامة وولده والمحقق الشيخ علي لاصالة عدمه ولان الاصل في الملك ان يتصرف فيه

مالكه كيف شاء خرج منه الاصل بوقوع الرهن عليه سبقا لباقى واحتج له العلامة بروايه السكونى وصحيحة
اسحق بن عمار عن الكاظم عليه السلم ولا شاهد فيهما لان الاولى مع ضعفها تضمنت كون المنفعه فى مقابله النفقه
والثانيـــة ان الغلة لصاحب الاصل ولا نزاع فيه اذ لا يلزم من دخوله فى الارتهان خروجه عن الملك ويمكن
ان يقال على القول بعدم الدخول يلزم جواز انتفاع الراهن بالرهن لان المنفعه اذا لم تكن رهنا لا وجه لمنعه
من التصرف فيها لكن الاجماع على منعه ويندفع ذلك بان منعه من التصرف لا من حيث المنفعه بل من حيث استلزامه
التصرف فى المرهون ولهذا لو انفصلت المنفعه كالثمرة والولد لم يمنعه من التصرف فيها ولعل هذا القول
اقوى والاجماع ممنوع والتبعية فى الملك مسلمة لا فى مطلق الحكم وبعينه ولد المدبره لتغليب جانب العتق ولو
شرط المرتهن دخولها او شرط الراهن خروجها ارتفع الاشكال ولزم الشرط واستثنى فى التذكره من ذلك ما يتجدد
من المنافع بالاختيار كاكتساب العبد ولا يصح اشتراط دخوله لانها ليست من اجزاء الاصل فهى معدومه على
الاطلاق   وكذا لو كان دينان وباحدهما رهن لم يجز ان يجعله رهنا بهما ولا ان ينقله الى دين
مستانف اى لا يجوز للمرتهن ذلك بنفسه بغير رضا الراهن والا فقد تقدم انه يجوز ادخال الدين المتجدد
فى الرهن وجعل الرهن على دين آخر مع التراضى   واذا رهن مال غيره باذنه ضمنه بقيمته ان تلف
او تعذر اعادته   اجمع العلماء على جواز رهن مال الغير باذنه على دينه فى الجمله وسموه استعارة
للرهن وجعلوها مضمونه على الراهن وان تلف بغير تفريط ولازمه لا يجوز للمعير الرجوع فيها بحيث
تنفسخ الرهن وان جاز له مطالبة الراهن بالفك عند الحلول ثم ان فكه الراهن ورده الى مالكه تاما فلا
بحث وان تلف فى يد المرتهن بغير تفريط لم يضمن وضمن الراهن مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا والمعتبر
فى القيمه يوم التلف لانه لم يخرج عن ملك المعير هذا ان اختلفت القيمه بتفاوت السوق فان تفاوتت
غير مضمون على الغاصب على الاقوى فهنا اولى وان كان التفاوت لنقص فى العين ضمنه المستعير
كما يضمن الجملة وفى حكم التلف تعذر رده لغصب ونحوه اما تعذره لبيع المرتهن له فسياتى حكمه
فاطلاق المصنف تعذر اعادته يحتاج الى التقييد وانما تلحق هذه العاريه احكام الرهن السابقة بعد
الرهن اما قبله فالاقرب انتفاؤهما ولا يضمن الا بالتفريط ويجوز للمعير الرجوع فيها وكذا يجوز بعده

(interlinear: المتجدد)

قبل القبض

قبل القبض ان جعلناه شرطا فى اللزوم ثم ان سوغ المالك للراهن الرهن كيف شاء جاز رهنه بمن شاء
على اى مقدار شاء باى اجل شاء وان قيد له بعضها تقيد وان اطلق الاذن ففى جوازه قولان احدهما الجواز
والتخيير كما لو عمم عملا بالاطلاق وبه قطع فى الدروس والثانى المنع لما فيه من الغرر والضرر بكثرة تفاوت
الدين والمرتهن والاجل وهو اولى فيذكر قدر الدين وجنسه ووصفه وحلوله او تاجيله وقدر الاجل
فان تخطى صح كان فضوليا الا ان يرهن على الاقل فانه يدخل بطريق اولى   ولو بيع باكثر من ثمن مثله كان له
المطالبة بما بيع به   اذا اراد المرتهن استيفاء دينه من الرهن المستعار فحكمه حكم غيره من جواز بيعه
ان كان وكيلا والا استاذن المالك والا الحاكم كما مر فاذا باعه على وجه صحيح فليكن بثمن المثل فصاعدا كان فى
كل وكيل فان باعه باكثر فللمالك الاكثر لانه ثمن ملكه لان العين باقيه على ملكه الى زمان البيع ولا يتصور بيعه بنقصان
عن قيمته فعبارة المص بثبوت الزيادة عن ثمن المثل اجود من عبارة القواعد بانه يرجع باكثر الامرين
من القيمه وما بيع بها لايهامه امكان بيعه بدون القيمه وهو ممتنع بخلاف الزيادة لامكان اتفاق
راغب فيها بزيد عن ثمن المثل بحيث لولا ظهوره لما وجب تحريه لكونه على خلاف العادة المعروفة
فى ثمن مثله وربما فرض نقصان الثمن عن القيمه مع صحة البيع بسبب قلة الراغب فى الشراء مع
كون قيمة المال فى ذلك الوقت والمكان عند ذوى الرغبه ازيد مما بذل فيه ويشكل بان المعتبر فى القيمه
ما يبذل فى ذلك الوقت لا ما يمكن بذله فان كان الذى باع به المرتهن يسوغ البيع به لم يثبت للمالك
سواه والا لم يصح البيع   واذا رهن الرهن لم تدخل الثمرة وان لم تؤبر   زوائد الرهن الموجوده حال
الرهن متى كانت منفصلة كالولد واللبن او متصله لكن يقبل الانفصال كالثمرة والشعر والصوف
المنجزين لم يدخل فى الرهن على المشهور واستقرب فى التذكره دخول الصوف والشعر على ظهر
الحيوان محتجا بانه كالجزء منه وتردد فى دخول اللبن فى الضرع وفى القواعد تردد فى الامرين
ولا فرق فى ذلك بين ثمرة النخل وغيرها من الثمار فانها متى ظهرت لا تدخل فى عقده مطلقا ولما كان ذلك
الحكم مختصا بالبيع نبه المص عليه هنا ونبه به ايضا على خلاف بعض العامة حيث ادخله
قياسا على البيع كل ذلك مع عدم الشرط   وكذا لو رهن الارض لم يدخل الزرع ولا الشجر

(margin: النخل)

(margin: المستجزين)

(margin: وانما خص المصنف ثمرة النخل لانها بعد الظهور وقبل التابير تدخل فى بيع الاصل بخلاف غيرها م)

والنخل ولو قال الجعوقيا دخل وفيه تردد منشأ التردد من توهم كون الشجر من حقوق الارض كما فهم الشيخ
ومن ظهور عدمه اذ لا يعد من حقوقها لغة ولا عرفا والاصح عدم الدخول وقد سبق مثله في البيع نعم
لو قال بجميع ما اشتملت عليه او نحوه دخلت على الظاهر وكذا ما ينبت في الارض بعد رهنها سواء
انبته الله سبحانه او الراهن او الاجنبي اذا لم يكن الغرس من الشجر المرهون انما خص ذكر بعد حكمه بعدم دخول
النما المتجدد للتنبيه على ان مثل هذا لا يعد نما الارض فلا يجري فيه الخلاف واما ما كان منه من الشجر
المرهون فلا اشكال في بقائه على ما كان الا انه يجدد الدخول وهل يتوقف غرسه على اذن المرتهن
يحتمله لانه تصرف في الرهن وانتفاع به موقوف وعدمه لانه مصلحة له وزيادة في قيمته كالسقي
والدوا وقد تقدم نعم لو اضر بالارض ولا ريب في توقفه على اذنه وكذا لو كان الغرس من غير المرهون
وهل يجبر الراهن على ازالته مطلقا او قيل نعم وهو الاشبه وجه ما اختاره المص ان ابقاه في المحل المرهون تصرف
فيه وهو ممنوع منه كما لو وضع متاعه في الدار ووجه العدم اصالته ومنع ان مثل ذلك يعد تصرفا وقد يفرق
بينه وبين المتاع بان وضع المتاع منه فهو سبب في بقائه بخلاف ما انبته الله تعالى نعم لو كان ذلك بفعل
الراهن فاجباره على ازالته اقوى ولو رهن لقطة مما يلقط كالخيار فان كان الحق يحل قبل تجدد
الثانية صح وان كان بحال يلزم منه اختلاط الرهن قيل يبطل والوجه انه لا يبطل لا اشكال في الجواز
حيث لا يحصل الاشتباه لعدم المانع ووجود المقتضي للصحة اما معه فقال الشيخ رحمه الله انه
لا يصح الرهن لتعذر الاستيفاء بسبب عدم التمييز ولانه لا يصح بيعه عند الاجل لجهله فلا يصح رهنه
ويضعف بمنع تعذر الاستيفاء لامكانه بالصلح ولان المعتبر اجتماع شرايط الصحة وقت الرهن
وهي حاصلة ايضا فما اختاره المص من عدم البطلان واضح واذا جنى المرهون عمدا تعلقت
الجناية برقبته وكان حق المجني عليه اولى من سببه متاخر عن حق المرتهن ومن شان السابق
التقدم عند التعارض لوجوه الاول ان حق المجني عليه منحصر في الرقبة ومن ثم لو مات الجاني
لم يلزم السيد شيء وحق المرتهن متعلق بالرقبة وبذمة الراهن فلا يفوت حقه بفواتها ومرجع
ذلك الى ان للمرتهن بدلا ولا بدل للمجني عليه الثاني ان حق المجني عليه يتقدم على حق المالك فلان

تتقدم

متاخرا

وصحة البيع وسائر شرايطها فالمعتبر منها ما كان عند انشاء الرهن لانه وقت اعتبار الشرايط وهي حاصلة م

او لم يبطل الرهن بالجناية ويدا بنا بينا حجة على ان الشيخ وان عفى عليه ان نهى عن الاشياء نبه رهنا م

تتقدم على حق المرتهن اولى الثالث ان تعلق المرتهن بالرهن اضعف من تعلق المجني عليه
ومن ثم كان للمجني عليه الاستيفاء دون مراجعة المالك بخلاف المرتهن وهذه الوجوه الثلثة واردة
في جناية العمد واما الخطا فمختص بالاولين اذا تقرر ذلك فنقول جناية العبد المرهون ان كانت
نفسا واوجبت قصاصا فامره الى المجني عليه فاذا اقتص بطل الرهن وكذا ان استرقه وان عفى
عنه بقي رهنا ايضا وكذا لا يبيع العبد وبطل الرهن وان عاد الى ملك الراهن وان اوجب قصاصا في الطرف
ونحوه اقتص منه وبقي رهنا ايضا وان اوجب مالا في بعض صور العمد او في الخطا مطلقا فالامر كما قررناه
من انه ان فداه السيد بقي رهنا وان استرق او بيع فان فضل منه شيء بقي كذلك والا بطل الرهن ولو
كان الواجب دون قيمة العبد ولكن تعذر بيع البعض او نقصت القيمة به بيع الجميع والفاضل من
الثمن عن الجناية يكون رهنا كما لو اضطر الى بيع الرهن ولا فرق في ذلك كله بين كون الجناية من العبد ابتداء
او بامر السيد وان كان مكرها له عندنا وان كان مع الاكراه يحبس المكره حتى يموت نعم لو كان العبد
غير مميز او اعجميا يعتقد وجوب طاعة السيد في جميع اوامره فقد قال في التذكرة ان الجاني هو
السيد وعليه القصاص او الضمان ولا يتعلق برقبة العبد شيء بل يبقى رهنا وان كان السيد
معسرا ولو جنى على مولاه اقتص منه ولا يخرج عن الرهانة ولو كانت نفسا جاز قتله
ولو كانت خطأ لم يكن لمولاه عليه شيء جناية العبد على سيده ان كانت عمدا او اوجبت
قصاصا تخير مولاه ووليه بين القصاص والعفو فان اقتص وبقي صار كما لو كان على طرف
بقي رهنا والا فات وان اوجبت مالا في العمد على بعض الوجوه او في الخطا لم يثبت له مال على
ماله والا لزم تحصيل الحاصل بخلاف القصاص في النفس والطرف لانه شرع للزجر
والانتقام والعبد احق بهما سيما عن سيده ولو كانت الجناية على من يرثه المالك
ثبت للمالك ما يثبت للموروث من القصاص او انتزاعه في الخطا الخ اذا جنى العبد المرهون
على من يرثه المالك فان كانت في غير النفس فامره يتعلق بالمجني عليه وهو في ذلك كالاجنبي
وقد تقدم حكمه وفي عبارة المص تسبب ذلك يجوز لانه جعل الحكم في جميع الاقسام

بمولى شيء لان العبد ماله ولا يثبت م

للمالك م

وان كانت نفسا واوجبت قصاصا فلا قتله لانه لا يخرج عن حكم القسمين السابقين وهو واضح وان
اختار الاسترقاق او كانت خطأ او كان المورث قد مات في القسم الاول فبل الاسترقاق ثبت للمالك ما كان
يثبت لمورثه من الحكم قصاصا ومالاً فله فكه من الرهن لاجل المال والفرق بين الجناية على المولى وعلى مورثه مع [له]
ان الحق للمولى في الموضعين ان الواجب في الجناية على المولى لا ابتداء ويمتنع ان يجب له على ماله مال كما مر اما الجناية
على مورثه فالحق فيها ابتداء للمجني عليه وانما ينتقل الحق الى الوارث من المورث وان كانت دية لانها محسوبة
من تركته يوفي منها ديونه وينفذ وصاياه وكما لا يمتنع ثبوت مال المورث للمولى على عبده لا يمتنع انتقاله
عنها اليه فيفكه من الرهن لذلك ونبه بالفرع على خلاف بعض الشافعية حيث حكم بسقوط المال بانتقاله
الى سيده ويبقى رهنا للوجه الذي ابقاه لو كان المال للسيد ابتداء ولو اتلف الرهن متلف
الزم قيمته ويكون رهنا وكذا لو اتلفه المرتهن لكن لا يكون آخذ الاتلاف يشعر بالمباشرة وهي يقتضي [هو]
الضمان والحاصل ان اتلاف الرهن متى كان على وجه يوجب عوضه مثلا او قيمة سواء كان المتلف
الراهن ام المرتهن ام الاجنبي كان العوض رهنا لكن لو كان المرتهن وكيلا في حفظ الاصل او في بيعه
بطلت وكالته والفرق بين الرهن والوكالة مع اشتراكهما في التعلق ابتداء بالعين ان الغرض من الرهن [لة]
الاستيثاق بالعين ليستوفي الحق من قيمتها فالقيمة لا يخرج عن غرض الرهن بخلاف الوكالة
فانها اذن منوط بما عينه المالك والاغراض يختلف كثيرا في حفظ الاموال وبيعها باختلاف
الاشخاص فربما استامنه على عرض ولا يستامنه على قيمته وربما كان عارفا ببيع متاع
بحيث لا يغبن فيه وليس بعارف بغيره ولو رهن عصيرا فصار خمرا ابطل الرهن فلو عاد خلا
عاد الى ملك الراهن انما يبطل الرهن بذلك بطلانا مراعيا بيقائه كذلك او تلفه فلو عاد خلا عاد
الرهن وان كانت عبارة المتن تؤذن بخلاف ذلك من حيث البطلان ومن قوله عاد الى ملك الراهن
فانه يشعر بعدم عوده رهنا كما لو ملك الراهن الرهن بعد انفكاكه عن الراهن بوجه من الوجوه ولو قال
فلو عاد رجع رهنا كان اخصر وافاد الحكمين فان عوده رهنا يستلزم عود ملك الراهن والحاصل [خلاصه]
انهم لا يعنون ببطلان الرهن هنا اضمحلال اثره بالكلية بل ارتفاع حكمه ما دامت الخمرية باقية

ويبقى علاقة

ويبقى علاقة الرهن لبقاء اولوية المالك على الخمر المتخذة للتخليل وكان الملك والرهن موجودان فيه
بالقوة القريبة لان تخلله متوقع والزائل المعبر عنه بالبطلان الملك والرهن بالفعل لوجود الخمرية المنافية
ونظير ذلك ان زوجة الكافر اذا اسلمت خرجت بذلك عن حكم العقد وحرم وطؤها عليه فاذا
اسلم الزوج قبل انقضاء العدة عاد حكم العقد وكذلك اذا ارتد احد الزوجين ثم ان كان الرهن مشروطا
في عقد كبيع وكانت الخمرية بعد قبضه فلا خيار للمرتهن بحدوث العيب في يده وان كان قبل فان لم يشترطه [القبض]
فالحكم كذلك لعروض المبطل بعد تمام الرهن وان اشترطنا القبض تخير المرتهن في العقد المشروط فيه ولو
رهن مسلم خمرا لم يصح ولو انقلب في يده خلا فهو له على تردد ضمير له يعود على المرتهن المدلول عليه برهن
فانه يقتضي راهنا ومرتهنا والمراد انه اذا ارهنه الخمر واقبضه اياها لم يصح الرهن لان الخمر لا يملك للمسلم
وان اتخذت للتخليل فاذا دفعها الى المرتهن وتخللت في يده ملكها المرتهن لاستيلاء يده عليها كما يملك
سائر المباحات التي لا يد لاحد عليها بذلك ووجه التردد في ذلك ما ذكر ومن ان يد الاول لم تزل
بالرهن لان الراهن له يد على الرهن في الجملة وهي اسبق ويقوي ذلك لو كانت محترمة وهي التي اتخذها الراهن
للتخليل اما غيرها فالاول اقوى وكذا لو جمع خمرا مراقا اي جمعه وصار في يده خلا فانه
يكون له على تردد فيه مما ذكر سابقا ومن احتمال كونه للاول ضعيفا بخروج اولويته بارتفاعها فانتفى [للاول]
تعلقه لها ما لكه فيكون ملكا للثاني وربما وجه ملك الاول بان جمع الثاني لها محرم فلا تثبت يده عليها
ولا يصح تملكها وهو ممنوع لان تحريم الجمع انما يتم لو لم يرد التخليل واما لو اراده صح له ذلك كما يصح اتقاؤها وحفظها [الجميع]
لذلك ومن ثم سميت محترمة اي يحرم غصبها واتلافها على من هي في يده ولولا احترامها لادى
ذلك الى تعذر اتخاذ الخل لان العصير لا ينقلب الى الحموضة الا بتوسط الشدة فالقول بملك الجامع لها
اقوى واعلم ان الخمر مؤنث سماعي فحق الضمائر العائدة اليها ان يكون مؤنثة وهي في عبارة
المتن ليست كذلك لكنه جائز غير فصيح وليس كذلك لو غصب عصيرا بمعنى انه لو غصب
عصيرا فصار في يد الغاصب خمرا ثم عاد خلا فان الغاصب لا يملكه بل يكون ملكا للمغصوب منه
لانه غصبه وهو في ملكه فلم يكن لبد الغاصب اثر وان كان قد يتفرع احتمال ملكه من حيث

زوال ملك المغصوب منه لصيرورته خمرا مصيرها كالمعدوم فاذا تخللت في يد الغاصب ملكها باليد
الطارية بعد التخليل ولا يؤثر كونه غاصبا قبل ذلك لان الغصب زال بالخمرية حيث لم يبق مالا وهو ممنوع بما تقدم
من عدم بطلان اليد عليها حيث يراد التخليل كيف وقد كانت من قبل مالا محضا ولقد كان على المص ان
يذكر قبل هذه المسئلة حكم من غصب خمرا من غيره فتخلل في يده فان في ملك الغاصب له خلافا مشهورا اشهر
قوليه ولكن لو غصب عصيرا فلا خلاف في هذه وايضا فالحكم السابق ليس فيه حكم غصب الخمر وانما
فيه جمع المراق ورهنه وكلاهما لا يناسب سلب حكمه عن غاصب العصير وان كان في الحقيقة مسلوبا
اذ ليس من شكله وانما يناسبه نسبة حكم غاصب الخمر ان حكم فيه بملك الغاصب كما اختاره جماعة
ولو رهنه بيضة فاحضنها فصارت فرخا كان الملك والرهن باقيين وكذا لو رهنه حبا فزرعه
وجهه واضح فان هذه الاشياء نتيجة ماله ومادتها له فلم يخرج عن ملكه بالتغير والاستحالات المتجددة
صفات حصلت فيها وحصل بسببها استعدادات مختلفة لتكوينات متعاقبة خلقها الله تعالى
فيها ووهبها له فليس للمرتهن في ذلك شيء ونبه بذلك على خلاف من قال ان هذه التغيرات تفيد ملك القابض
منزلا للعين منزلة التالف بغاصبه ضمان المثل او القيمة وهو ضعيف جدا وقد ذكروا هذه المسئلة
في باب الغصب وخالف فيها جماعة من العامة والشيخ من اصحابنا في بعض اقواله
واذا رهن اثنان عبدا بينهما بدين عليهما كانت حصة كل منهما رهنا بدينه فاذا اداه صار حصته
طلقا وان بقيت حصة الآخر هذا عندنا موضع وفاق ووجهه ان رهن كل منهما عند الاطلاق
انصرف الى دينه لا الى دين صاحبه فان ذلك هو مقتضى العرف الا ان يصرحا بكون كل منهما قد
رهن حصته على دينه ودين صاحبه فانه حينئذ لا ينفك الا بوفائهما الدينين ونبه
بذلك على خلاف ابي حنيفة حيث حكم بان الاطلاق منصرف الى جعل كل منهما على الدينين فلا
ينفك حتى يوفيا معا ويكون حصة كل منهما بالنسبة الى دين الآخر بمنزلة المستعار للرهن وانما يقع
الاشتباه في المسئلة لو جعلنا اطلاق الرهن موجبا لكونه على كل جزء من الدين ولو قلنا بانفكاكه
اجمع عند وفاء بعض الدين فلا شبهة هنا في الانفكاك وقد تقدم البحث في ذلك   اذا رهن

مشاعا

مشاعا فتشاح الشريك والمرتهن في امساكه انتزعه الحاكم واجره ان كان له اجرة الخ لا فرق مع اختلافهما في
امساكه لاجل القبض وامساكه لاجل الاستيمان الى ان يحل الاجل فان الحاكم ينصب له عدلا لقبضه عن الراهن ولكن
باذن الراهن وللامانة ثم ان كان ذا اجرة آجره الحاكم ومن نصبه مدة لا تزيد عن اجل الحق فلو زادت
بطل الزائد وتخير المستاجر الا ان يجيز المرتهن ثم ان قلنا بدخول النما المتجدد في الرهن تعلق الرهن بحصة الراهن   مع جهله صح
من الاجرة والا فلا   اذا مات المرتهن انتقل حق الرهانة الى الوارث فان امتنع الراهن من استيمانه
كان له ذلك الخ قد تقدم ان الرهن لا يبطل بموت كل منهما لانه لازم من جهة الراهن وحق للمرتهن
ولكن الوكالة في حفظه وبيعه تبطل لفوات متعلقها وان كانت مشروطة في عقد لازم فان الاغراض
تختلف في الاستيمان باختلاف الاشخاص وحينئذ فان اتفقا على امين والا رجع امرهما
الى الحاكم لانه ولي الممتنع وهذا كله واضح   اذا فرط في الرهن لزمه قيمته يوم قبضه
وقيل يوم هلاكه وقيل اعلى القيم حكم المص باعتبار قيمته يوم قبضه مبني على ان القيمي
يضمن بمثله ومع ذلك ففي اعتبار يوم القبض نظر لانه لم يكن مضمونا فيبتني على ذلك اعتبار المثل يوم
الضمان والقول بضمانه يوم هلاكه للاكثر ومنهم المص في النافع لانه وقت الحكم بضمان القيمة
لان الحق قبله كان منحصرا في العين وان كانت مضمونة وهذا اذا كان الاختلاف بسبب
السوق او بسبب نقص في العين غير مضمون اما لو فرط فنقصت العين بهزال ونحوه ثم هلكت اعتبر
اعلى القيم من حين التفريط الى حين التلف كالغاصب لان ضمان الاجزاء تابع لضمان العين
والقول باعلى القيم يحتمل ما ذكرناه ووجهه واضح وان يريد به الاعلى من حين التلف الى
الحكم عليه بالقيمة وهو قول ابن الجنيد والاعلى من حين القبض الى يوم التلف مساواة للغاصب
حكاه في النافع ونسب الى الشيخ في المبسوط واطلق جماعة الاعلى كما اطلق المص ويضعف   القيمي
قول ابن الجنيد بان المطالبة لا دخل لها في ضمان القيمة والاخير بانه غير مضمون قبل التفريط
فلا وجه لاعتبار قيمته هذا كله اذا كان قيميا ولو كان مثليا ضمن بمثله ان وجد والا
فقيمة المثل عند الاداء على الاقوى لان الواجب قبله انما كان المثل وانما انتقل الى القيمة حين

لتعذر المثل بخلاف القيمي فان القيمة استقرت في الذمة من حين التلف قطعا وانما يقع الاشتباه في تقديرها
بحسب الاعتبارات السابقة ولو اختلفا في القيمة فالقول قول الراهن وقيل قول المرتهن
وهو الاشبه الاشبه اشبه لانه منكر للزائد والاصل عدم ثبوته في ذمته والقول الاول للاكثر نظرا الى
كون المرتهن صار خائنا فلا يقبل قوله وضعف بانا لم نقبل قوله من هذه الحيثية بل لما ذكرناه
لو اختلفا فيما على الراهن كان القول قول الراهن وقيل القول قول المرتهن ما لم يستغرق دعواه ثمن
الرهن والاول اشهر الاول قول الاكثر وهو الاقوى لاصالة عدم الزيادة وبراءة ذمة الراهن ولانه منكر
فيكون القول قوله ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلم وموثقة عبيد بن زرارة عن الصادق
عليهما السلم والقول الثاني لابن الجنيد استنادا الى رواية السكوني عن الصادق عليه السلم قال ان عليا عليه السلم
يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن لانه امينه والرواية مع ضعفها وندورها مخالفة للصحيح معارضة
ومخالفة للاصل بقي في المسئلة شيء وهو ان المص في هذا الكتاب نقل قول ابن الجنيد بان القول قول
المرتهن ما لم يستغرق دعواه الرهن ومقتضاه انه مع الاستغراق لا يقدم قوله سواء ادعى
ان الدين بقدر قيمة الرهن او ازيد لتحقق الاستغراق فيهما وفي النافع نقل القائل بتقديم قوله ما لم
يدع زيادة عن قيمة الرهن وكذا عبر اكثر الجماعة ومقتضاه انه لو ادعى قدر الدين كان القول قوله والموجب
لهذا الاختلاف اختلاف عبارة ابن الجنيد فانه قال المرتهن يصدق في دعواه حتى يحيط بالثمن فان
زادت دعوى المرتهن على القيمة لا يقبل الا ببينة فان في اول العبارة جعل غاية التصديق احاطة الدعوى
بالثمن والغاية هنا خارجة عن المغيا فيقتضي عدم التصديق مع الاحاطة وعقبه بقوله فان زادت
دعوى المرتهن على القيمة لا يقبل ومفهوم الشرط انه مع عدم الزيادة يقبل فيقع التعارض في كلامه
بين مفهوم الغاية والشرط فاختلف النقل عنه لذلك واما الرواية التي هي مستند الحكم فقد
ذكرنا لفظها سابقا كذلك وحاصلها جعل الاحاطة غاية القبول ولم يتعرض للزيادة وبحث
فيبتني على ان الغاية هل هي داخلة في المغيا حيث ينفصل عنه حسا ام لا ويبنى على ذلك
دلالة الرواية لكن لما كان المختار والمنقح خروجها جعل المص في هذا الكتاب شرط القبول عدم
الاستغراق

الاستغراق مضافا الى صدر كلام ابن الجنيد والجماعة ومنهم المص في النافع نظروا الى مجرد كلام ابن الجنيد واعتبروا
منه مفهوم الشرط وحملوا الغاية عليه جمعا لانه اقوى وانما تظهر اثر هذا الاختلاف لو قلنا بقوله وعملنا بالرواية
وحيث اطرحناها سهل الخطب لو اختلفا في متاع فقال احدهما هو وديعة وقال الممسك هو رهن
فالقول قول المالك وقيل قول الممسك والاول اشبه القول الاول للاكثر وعليه العمل لاصالة عدم الرهن ولان
المالك منكر فيكون القول قوله ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلم والقول الثاني للشيخ رحمه الله
في الاستبصار وقبله للصدوق لرواية عباد بن صهيب وابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلم
وفيهما مع ضعفهما مخالفة الاصل ومعارضة الصحيح وفصل ابن حمزة فقبل قول المرتهن ان اعترف الراهن له
بالدين وقول الراهن ان انكره للقرينة وفيه ايضا جمع بين الاخبار لكن قد عرفت ما فيه واعلم
ان المراد بقول المص احدهما هو المالك بقرينة ما بعده وبعدم الفائدة لو كان غيره فلو ابدله به كان اولى
اذا اذن المرتهن للراهن في البيع ورجع ثم اختلفا فقال رجعت قبل البيع وقال الراهن
بعده كان القول قول المرتهن ترجيحا لجانب الوثيقة اذ الدعويان متكافئتان وجه التكافؤ
ان الراهن يدعي تقدم البيع على الرجوع والاصل عدمه والمرتهن يدعي تقدم الرجوع على البيع
والاصل عدم تقدمه ايضا فيتكافأ الاصلان ويتساقطان ويبقى حكم الرهن على العين باقيا
وهو يرجح جانب الوثيقة وفيه ان اصالة بقاء الرهن ايضا باصالة صحة البيع لان وقوعه معارضه
معلوم كما ان وقوع الرهن معلوم فيتعارضان ايضا ويتساقطان ويبقى مع الراهن ملكية المرهون
وصحة تصرفه فيه فان الناس مسلطون على اموالهم فان قيل اصالة صحة العقد مترتبة على
سبقه على الاذن فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحة العقد قلنا واصالة استمرار الوثيقة
مترتبة على سبق الرجوع للبيع فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحتها نعم يمكن دفعه بوجه آخر وهو ان
صحة العقد غير معلومة لقيام الاحتمال المذكور وصحة الرهن معلومة لوقوعها سابقا جامعة للشرائط
وانما حصل الشك في طرو المبطل فيرجح لانها اقوى من هذه الجهة فان قيل ان الاصل وان كان عدم صدور
البيع على الوجه الذي يدعيه الراهن الا ان الناقل عنه قد حصل بصدور البيع مستجمعا للشرائط

وليس ثم ما يخل بصحته الا كون الرجوع قبله ويكفي فيه عدم العلم بوقوعه كذلك والاستناد الى اصالة
بقاء الاذن في السابق لان المانع لا يشترط العلم بانتفائه بل يكفي عدم العلم بوقوعه والا لم يمكن التمسك بشيء من العلل
الشرعية اذ لا قطع بانتفاء الموانع وح مقتضى حكم كل من الاصلين السابقين قلنا الا ان وقوع البيع
جامعا للشرائط الشرعية لان من جملة شرائطه اذن المرتهن وحصوله غير معلوم وتنقيح ذلك ان الرهن المانع
للراهن من التصرف لما كان متحققا لم يمكن الحكم بصحة البيع الواقع من الراهن الا باذن معلوم من المرتهن حالة البيع
ولما حصل الشك في حصولها حالته وقع الشك في حصول الشرط نفسه لا في وجود المانع ومعلوم ان الشرط
لا يكفي فيه عدم العلم بانتفائه بل لا بد من العلم بحصوله ليترتب عليه المشروط ولو تطرق الاستصحا
كالصلوة مع تيقن الطهارة سابقا والشك في بقائها الآن والامر هنا كذلك فان الرهن المانع من صحة
البيع واقع يقينا واستصحب الآن والشرط المقتضي لصحة البيع وان كان معلوم الوقوع لكن لا في
زمان البيع لا باليقين ولا بالاستصحاب فيرجح جانب الوثيقة كما ذكروه بقي في اطلاق الحكم
بذلك بحث آخر وهو ان ذلك كله انما يتم حيث يطلقان الدعويين من غير اتفاق منهما على زمان معين للبيع منه
او الرجوع او مع اتفاقهما على وقت واحد ليتحقق تعارض الاصول المذكورة اما لو اتفقا على زمان
احدهما واختلفا في تقدم الآخر فان الاصل مع مدعي التاخر ليس الا ووجه ذلك انهما
لو اتفقا مثلا على وقوع البيع يوم الجمعة وادعى المرتهن الرجوع قبله من غير تعيين زمان فالاصل
يقتضي تاخره لان ذلك حكم كل حادث الى ان يعلم وجوده وانما علم وجوده بعد البيع بعدم قول الراهن
ولو انعكس بان اتفقا على وقوع الرجوع يوم الجمعة وادعى الراهن وقوع البيع قبله من غير اتفاق
على وقت فالاصل يقتضي تاخره الى ان يعلم وجوده وانما علم بعد زمان الرجوع فيقدم قول المرتهن
وهذا التفصيل هو الاقوى وهو خيرة الدروس وفيما عداه يقدم قول المرتهن كما ذكره الاصحاب لقيام
الدليل على ترجيح جانب الوثيقة كما حققناه   اذا اختلفا فيما يباع به الرهن بيع بالنقد
الغالب في البلد ويجبر الممتنع   المراد ان احدهما طلب بيعه بالنقد الغالب والآخر بغيره فانه يباع بالنقد
الغالب لانصراف الاطلاق اليه وانما فسرنا بذلك ليحصل الفرق بينها وبين المسئلة الآتية حيث قال ولو طلب كل

واحد منهما

واحد منهما نقدا غير النقد الغالب وتعاسرا ردهما الحاكم الى الغالب فان [illegible] اتحاد النقد
الغالب منحصر في كون احدهما موافقا والآخر مخالفا او كونهما مخالفين فان [illegible] الثاني الثانية
ولقد كان ذكر الاول مغنيا عن الثانية لامكان اخذها مطلقة بحيث يشملهما و[illegible] على الحاكم
انما يحتاج اليه مع عدم كون المرتهن وكيلا او وضعه وقد اراد [illegible] غير الغالب [illegible] لبلد
وكالة لازمة واراد بيعه بالغالب لم يتوقف على اذن الحاكم ولم يلتفت الى [illegible] غيره لانصراف
الاطلاق الى ذلك عرفا وشرعا   ولو كان للبلد نقدان غالبان بيع باشبههما [illegible] يباع
الحق ص الرهن بما ناسب المرهون عليه وهو ما يكون من جنسه ان اتفق موافقة احدهما له فان باينا
عين الحاكم ان امتنعا من التعيين قال في الدروس ولو كان احد المتباينين اسهل صرفا الى الحق تعين وهو
حسن وفي قول المص اشبههما بالحق تجوز فانه مع مناسبة احدهما له لا يتحقق المشابهة فان
الشيء الواحد لا يشبه نفسه وان خالفاه كان الاسهل صرفا اولى كما ذكره في الدروس او كانا سواء
كما اختاره في القواعد واما مجرد القرب الى المشابهة مع تحقق المباينة خصوصا مع بعد
عن صرفه اليه عن الآخر فلا يصلح مرجحا والظاهر انه اراد بالمشابهة الموافق وفي التحرير لو باينا
بيع باوفرهما حظا وهو ابعد من الجميع فانه ربما كان عسر الصرف الى الحق اصلح للمالك   اذا ادعى
رهانة شيء فانكر الراهن وذكر ان الرهن غيره وليس هناك بينة بطلت رهانة ما انكره المرتهن
وحلف الراهن على الآخر وخرجا عن الرهن   انما سمي ما ينكره المرتهن لان الرهن لحق حقه
فاذا نفاه سمع عنه بغير يمين وايضا فالعقد جائز من طرفه فانكاره يكون فسخا لرهنه
لو كان وسقط اليمين على الراهن لنفي ما يدعيه لرجوع النزاع الى ان ما يدعيه المرتهن هل هو رهن ام لا
والقول قول المالك في عدمه ولا اشكال في ذلك اذا كان الرهن المتنازع فيه غير مشروط في
عقد اما لو كان كذلك ففي بقاء الحكم السابق نظر لان من بقاء المعنى الذي اوجب ذلك الحكم
وثن وهو انتفاء ما يدعيه المرتهن وقبول قول الراهن فيما ينكره ومن ان انكار المرتهن هنا يتعلق
بحق الراهن من حيث انه يدعي عدم الوفاء بالشرط الذي هو ركن من اركان لزوم ذلك العقد

فرجع الاختلاف الى تعيين الثمن فان شرط الرهن من مكملات الثمن فكل واحد يدعي ثمنا غير ما يدعيه الآخر فهو
كما لو قال بعتك هذا العبد فقال بل هذه الجارية وقد تقدم ان الحكم في مثل ذلك التحالف وفسخ العقد وقريب
في القواعد تقديم قول الراهن ويشكل معه بقاء العقد المشروط فيه الرهن مع انتفاء الشرط حيث ان كل واحد
من المتنازعين في رهنها احدهما ينفي الرهن والآخر بانكار الراهن والحال انهما متفقان على وقوع عقد
بشرط ولم يحصل ولكن لك ان تشكل فسخه في حق المرتهن بمجرد نفي الرهن اشتراط رهن ما يستفيد مع اطلاق الادلة
بوجوب الوفاء بالعقد الذي لم يدل على فسخه دليل فالقول بالتحالف وفسخ العقد بعد ذلك ان اراد المرتهن
اقوى   لو كان له دينان احدهما برهن فدفع اليه مالا واختلفا فالقول قول الدافع لانه
ابصر بنيته   لا شبهة في تقديم قوله لان النية من الامور الخفية التي لا تعلم الا من قبله ولكن هل
يلزم مع ذلك يمين لاحتمال العدم لان دعوى غيره غير معقولة اذ لا اطلاع له على نفسه والحق ثبوته
لامكان الاطلاع عليه باقراره ولسماع الدعاوى فيما يخفى لمجرد التهمة كما سيأتي ان شاء الله تعالى ولا فرق
في تنازعهما على النية ابتداء وعلى اللفظ ما زاد عليه انكر ولث انه عن الدين الفلاني وعبارة
المص ظاهرة في القسم الاول   ولو اختلفا في رد الرهن فالقول قول الراهن لاصالة عدم الرد ويلزم
المرتهن بالمثل او القيمة لا بالعين لامكان ان لا يكون في يده ويلزم تكليفه بما لا يطاق او تخليده في الحبس
والفرق بين المرتهن والمستودع حيث قبل قوله في الرد ان المستودع قبض لمصلحة المالك فهو محسن   الرد
محض وما على المحسنين من سبيل بخلاف المرتهن فانه قبض لمصلحة نفسه ومثله المستعير
والمقارض والوكيل بجعل والله الموفق

كتاب المفلس

المفلس هو الذي ذهب خيار ماله وبقي فلوسه   والمفلس هو الذي جعل مفلسا اي منع من التصرف
في امواله عرف المص رحمه الله المفلس بتعريفين احدهما لغوي والآخر شرعي فاشار الى الاول بقوله
هو الذي ذهب خيار ماله وبقي فلوسه فهو ماخوذ من الفلس واحد الفلوس يقال افلس الرجل بصيغة
اللازم فهو مفلس بكسر اللام اذا صار كذلك كما يقال اذل الرجل اذا صار ذا ذل واسهل واحزن
اذا صار الى السهل والحزن كما صار هذا الى الفلوس وهذا على سبيل الكناية لان الغرض ذهاب

مالم او اكثره

ماله او اكثره بحيث لا يبقى منه الا الردي كالفلوس ويقال له مفلس بالفتح يقال فلسه القاضي تفليسا
اذا حكم بافلاسه والى الثاني بقوله المفلس الخ وهو بفتح اللام اي المجعول مفلسا وهو الممنوع من
التصرف في امواله وهذا ليس على وجه التعريف الحقيقي بل على وجه الايضاح لمعناه الشرعي والا
فالممنوع من التصرف في ماله اعم من المفلس بل من السبعة التي عقد لها كتاب الحجر كما سيأتي وكلام المص يؤذن بانه
لا يسمى مفلسا شرعا حتى يحجر عليه لاجل الفلس مع ان تفليسه هو الحجر عليه كما يقال فلسه القاضي
اذا صيره مفلسا بمنعه له من التصرف وكلام الفقهاء في هذا الباب مختلف فان منهم من جعل المفلس هو
المحجور المذكور كما صنع المص فقبل الحجر لا يسمى المديون مفلسا وان استغرقت ديونه امواله او زادت
عليها ومنهم من اعتبره مفلسا متى كان كذلك وان لم يحجر عليه ولهذا يقولون الفلس من اسباب الحجر ويقولون
لو مات المفلس قبل الحجر عليه لم تترتب الاحكام ويقولون شرط الحجر على المفلس التماس الغرماء له وسائر
في عبارة المص انه لا يحجر على المفلس الا بحكم الحاكم وغير ذلك من الاحكام التي صار هذا الاسم بسببها حقيقة
لكثرة استعمال الفقهاء له في هذا المعنى واطلاق هذا المعنى عليه بطريق المجاز اما بما يؤول اليه او باعتبار
المعنى اللغوي فانه مجاز شرعي بعد ولكن الفقهاء منا ومن غيرنا عرفوه بان من عليه ديون ولا مال له يفي بها
وهذا شامل لغير المحجور عليه والحق ان المفلس سابق على الحجر ومغاير له ثم هو احد اسبابه كما ذكروه لا عينه
ولا الحجر من مفهومه نعم قد يطلق المفلس على حجر الحاكم على المفلس كما يقال فلسه القاضي لكنه من باب
اطلاق اسم السبب على المسبب وعلى هذا لا مانع من اجتماع الفلس والصغر كما اذا استدان
الولي للصبي الى هذه المرتبة فكذا السفيه ولا يمنع من ذلك عدم حجر الحاكم على الصبي للفلس لانه ليس
شرطا في مفهومه شرعا كما حققناه وعلى هذا فبين المعنى اللغوي والشرعي عموم من وجه
يجتمعان في من عليه الديون ولا مال له ويفرد عن اللغوي لمن ذهب ماله وليس عليه دين ويفرد
الشرعي بمن له مال كثير ولكن عليه دين يزيد عن ماله وعلى ما يظهر من تعريف المصنف وبعضهم فهما متباينان
ان يكون امواله قاصرة عن ديونه فلو كانت مساوية لها او زائدة لم يحجر عليه عند علمائنا
اجمع بل يطالب بالديون فان قضاها والا يجبر الحاكم مع طلب اربابها بين حبسه الى ان يقضي

المالک ومن ان يبيع متاعه ويقضي به الدين ولا فرق في ذلک بين من ظهرت عليه امارات الفلس مثل
ان يكون نفقته من راس ماله او يكون ما في يده بازاء دينه ولا وجه لنفقته الا ما في يده ومن لم يظهر كان (كن ص)
كسوبا ينفق من كسبه خلافا للشافعي حيث جوز الحجر على المساوي في احد اقواله وعلى من ظهرت عليه امارة
في آخر ووافقنا في ثالث   ويحتسب من جملة امواله معوضات المديون هي الاموال التي ملكها بعوض
ثابت في ذمته كالاعيان التي اشتراها فاستدانها وانما احتسبت من جملة امواله معوضات [illegible]
لانها ملكه الآن وان كان لاربابها الخيار بين ان يرجعوا فيها وبين ان لا يرجعوا ويطالبوا بالعوض وكما يحتسب
من امواله يحتسب اعواضها من جملة ديونه ونبه بذلک على خلاف بعض العامة حيث زعم انها
لا تقوم لان لاربابها الرجوع فيها فلا يحتسب من ماله ولا عوضها عليه من دينه واعلم ان ضمير
امواله يعود الى المفلس المحجور عنه وان كان هذا الحساب قبل الحجر لما قدمنا من تحقق الوصف قبل الحجر
وعلى ما ذكره المص يرجع اليه نظرا الى التجوز او الى المديون الذي يراد تعلق الحجر به لدلالة المقام عليه
وان لم يجر له ذكر   ان يكون حالة فلو كانت مؤجلة لم يحجر عليه وان لم يف ماله بها اذ ليس لهم
المطالبة في الحال وربما يجد الوفا عند تجدد المطالبة ولو كان بعضها حالا لاعتبر قصور ماله عنه خاصة
فلو وفي به لم يحجر عليه وان لم يبق للمؤجل شيء وان قصر عن الحال حجر عليه لاجلها وقسم عليها ولا مدخل للمؤجل (لها) (للمؤجل)
شيء   ان يلتمس الغرما او بعضهم الحجر عليه لان الحق لهم فلا يتبرع الحاكم عليهم به نعم لو كانت الديون لمن له
عليه ولاية كالطفل اليتيم والمجنون والسفيه كان له الحجر وكذا لو كان بعضها كذلک مع التماس الباقين ولو
كانت الديون لغائب لم يكن للحاكم الحجر عليه لان الحاكم لا يستوفي مال الغائب في الذمم بل يحفظ اعيان
امواله وانما يحجر عليه مع التماس البعض اذا كانت ديونهم تقدر يجوز الحجر به عليه لم يعم الحجر الجميع
لثبوت الديون كلها واستحقاق اربابها المطالبة بخلاف المؤجلة واستغرب في التذكرة جواز الحجر
بالتماس بعض ارباب الديون الحالة وان لم يكن دين الملتمس زائدا عن ماله   وكذا لو سال هو الحجر عليه هذا
هو المشهور لان الحجر عقوبة والرشد والحرية ينافيانه فلا يصار اليه الا بدليل صالح وانما يتحقق مع التماس
الغرما واستقرب في التذكرة جواز اجابته محتجا بان في الحجر مصلحة للمفلس كما فيه مصلحة للغرما

لكما يجاب

لكما يجاب الغرما الى ملتمسهم حفظا لحقوقهم فكذا المفلس ليسلم من حق الغرما ومن الاثم بترک وفا الدين وقد
روى ان النبي صلى الله عليه وآله حجر على معاذ بالتماسه خاصة   ويمنع من التصرف احتياطا للغرما
انما يمنع من التصرف المبتدا في المال الممتنع لمطلق التصرف ولا يمنع من الفسخ بالخيار والعيب لانه ليس ابتدا تصرف (بابتداء)
وسياتي التنبيه عليه في كلام المص ولا بد من التصرف في غير المال كالنكاح والطلاق واستيفا القصاص والعفو
عنه ونحوها ولعل المص نبه على ذلک بقوله احتياطا للغرما اذ لا ضرر على الغرما في ذلک وكذا لا يمنع مما يفيد
تحصيل المال ولا يقتضي تصرفا فيه كالاحتطاب والاتهاب وقبول الوصية فيملک ذلک وان منع
من التصرف فيه بعده وكان على المص ان ينبه على ذلک   فلو تصرف كان باطلا اي تصرف فيما يمنع
من التصرف فيه والبطلان الذي حكم به يمكن ان يريد به حقيقته بمعنى بطلان التصرف من راس لمنعه منه شرعا
فيكون عبارته مسلوبة كعبارة الصبي فلا يصح وان لحقته الاجازة وهذا هو المناسب للحجر فان معنى قول
الحاكم حجرت عليک منعتک من التصرفات ومعناه تعذر وقوعها منه وهو احد الوجهين في
المسئلة ويمكن ان يريد به عدم نفوذه بحيث لا يتوقف على شيء على وجه المجاز فلا ينافي صحته
لو اجازه الغرما او فضل عن الدين بعد قسمة ماله عليهم وهو الوجه الثاني في المسئلة فانه لا يقصر
عن التصرف في مال الغير فيكون كالفضولي ويحتمل فلا ينافيه منعه من التصرف لان المراد منه التصرف
المنافي لحق الغرما كما مر اذ لا دليل على ارادة غيره ولان عبارته لا تقصر عن عبارة السفيه المحجور عليه
مع صحة تصرفه الموقوف باجازة الولي ولعل هذا اقوى فعلى هذا ان اجازه الغرما نفذ والا اخر
الى ان يقسم ماله لا باع ولا يسلم الى الغرما فان لم يفضل من ماله شيء بطل وان فضل ما يسعه صح
ويتصور الفضل مع قصوره وقت الحجر بارتفاع قيمة ماله وابرا بعض الغرما ونحو ذلک
سواء كان بعوض كالبيع والاجارة او بغير عوض كالعتق والهبة   المراد بالتصرف الذي بغير
عوض ما صادف المال كما ينبه عليه التمثيل بالعتق والهبة والا فالتصرف الذي لا يصادف
المال كله بغير عوض مع كونه صحيحا كما بيناه سابقا   اما لو اقر بدين سابق صح
ويشارك المقر له الغرما   لا اشكال في صحة الاقرار في الجملة لعموم اقرار العقلا على انفسهم جائز

وليس الاقرار كالانشا حيث قيل ببطلانه راسا فلا ينفذ بعد الحجر لان الغرض من ابطال التصرف الغا الانشا
الموجب لاحداث الملك اما الاقرار فانه اخبار عن حق سابق لم يبطل به الحجر فاذا تعلق غرض المفلس ببراءة ذمته
بالاقرار وجب قبوله منه وانما الكلام في ان المقر له هل يشارك الغرما ام لا فان فيه خلافا فالمص رحمه الله
قطع بمشاركته واستقربه العلامة في التذكرة والتحرير وعللها الشيخ في المبسوط لانه عاقل فيقبل اخباره
وعموم الخبر في قسمة ماله بين غرمائه والمقر له احدهم ولان الاقرار كالبينة ومع ثبوتها لا اشكال في
المشاركة ولانتفاء التهمة عن الغرما لان ضرر الاقرار في حقه اكثر منه في حق الغرما ولان الظاهر من حال
الانسان انه لا يقر بدين عليه مع عدمه ويشكل بمنع دلالة الخبر على المدعى لانا قبلنا ه على نفسه ومن ثم
الزمناه بالمال بعد زوال الحجر ولم يدل على انه جايز على غيره ولو شارك المقر له الغرما لنفذ عليهم لتعلق حقهم بجميع
ماله ولا معنى لمنعه من التصرف الا عدم نفوذه في المال الموجود والمشاركة تستلزم ذلك ونمنع مساواة
الاقرار للبينة في جميع الاحكام ويظهر اثره فيمن لا يقبل اقراره اذا قامت عليه البينة واذا لم يكن الا عدم
كليه لم يصلح كبرى للشكل ولا ينتج المطلوب والتهمة موجودة في حق الغرما لانه يريد اسقاط حقهم باقراره وتحقق
الضرر عليه لا يمنع من اجابة الضرر عليهم ولامكان المواطاة بينه وبين المقر له في ذلك فلا يتحقق الضرر الا عليهم
وعلى كل حال لا يمكن الحكم بنفي التهمة على الاطلاق بل غايته انه قد يكون منتفيا وقد لا فلا يصلح جعل عدم التهمة يكون كلام
وجها للنفوذ مطلقا والاقوى عدم المشاركة واحترز بالدين السابق عما لو اسند الدين الى ما بعد
الحجر فانه لا ينفذ في حق الغرما وان صح الاقرار في نفسه كما مر لان المعاملة الواقعة بعد الحجر متى
تعلقت باعيان امواله كانت باطلة او موقوفة فلا يفيد الاقرار بها عليها وينبغي تقييده بما يتعلق
بالمعاملة ليحصل القطع بعدم المشاركة اما لو اسنده الى ما يلزم ذمته كاتلاف مال او جناية ففيه
الوجهان السابقان والفرق ان الجناية والاتلاف وقعا بغير اختيار المالك والمجني عليه فلا يستند
الى تقصيره بخلاف المعاملة لصدورها عن الرضا والاختيار من الجانبين وكذا لو اقر بعين دفعت
الى المقر له وقد تردد لتعلق حق الغرما باعيان ماله جميع ما سبق في تحقيق الوجهين آت هنا ويزيد
ما هنا اشكالا انما اشار اليه المص من تعلق حق الغرما باعيان امواله ولا اشكال بعينه وارد في الدين

على القول

على القول بالمشاركة اذ لا فرق بين اخذ بعض الاعيان بموجب التقسيط مساواة لهم وبين اخذه ذلك البعض
بعد بيعها له عليهم مع تعلق حقهم بالعين فالقول بعدم النفوذ معجلا فيهما اقوى ومما يتفرد به العين
لو قلنا بنفوذ الاقرار معجلا بتسليمها الى المقر له وان قصرت باقي مال المفلس عن ديون الغرما لان الضرر انما هو
بالدين وصاحب العين يختص بها واعلم ان جملة الاقوال في المسئلة انفقت على بدر
الاحتمالات الممكنة وهي اربعة نفي نفوذه فيهما اختاره العلامة في الارشاد والشهيد وجماعة
واثباته فيهما وهو خيرة التذكرة وثبوته في العين دون الدين ذهب اليه ابن ادريس وبالعكس
وهو ظاهر المص في الكتاب وان كان بعد ذلك تردد ولو قال هذا المال مضاربة لغايب
هل يقبل قوله مع يمينه ويقر في يده القول للشيخ رحمه الله في المبسوط وهو متفرع على قبول
اقراره بالعين ووجه اقراره بالذكر ان الاقرار بالعين كان للمعين ما خذها عنده وههنا الاقرار
لغايب ويدل عليه قوله بعد ذلك وان كان الحاضر وصدقه دفع اليه وان كذبه قسم بين الغرما
والحكم في ذلك قد سبق مع توجيه القولين ويبقى في حكم الشيخ هنا اشكال من وجهين احدهما
اثبات اليمين على المقر مع انه لا اثبات مال الغير والثاني اقرارها في يده مع انه مسلوب
اهلية اليد لان الحجر عليه برفع يده عن السلطنة المالية والظاهر ان هذا هو منشا افراد
المص المسئلة بالذكر والا فقد علم حكمها مما تقدم في غير هذين الحكمين ويمكن ان يدفع الاشكال
الثاني بان المفلس انما يرفع يده عن ماله لتعلق حق الغرما به اما مال الغير الذي هو وكيل فيه
فلا وجه لرفع يده عنه لانه مكلف مختار رشيد ويده ليست يد عدوان ولو اشترى
بخيار وفلس فالخيار باق كان له اجازة البيع وفسخه لانه ليس بابتدا تصرف لم يتقدم
من المص ما يدل على ان التصرف الممنوع منه هو المبتدا حتى يعلل بذلك ولكن قد عرف مما هنا انه
يريد بالسابق المبتدا وليس بجيد فان المناسب دلالة السابق على اللاحق دون العكس
وحاصل المسئلة انه لو كان قد اشترى بخيار قبل الحجر عليه وبقيت مدته الى بعد الحجر
فله فسخ البيع لان هذا التصرف اثر امر سابق على الحجر ولا يمنع منه ولا فرق بين ان يكون له

ولكذا له

غبطة في الفسخ وعدمها ولكن لكل الرد بالعيب السابق مطلقا وشرط العلامة هنا اعتبار
الغبطة وفرق الشهيد بين الرد بالعيب والخيار ان الخيار ثبت باصل العقد لا على طريق المصلحة
ولا يتقيد بها بخلاف الرد بالعيب فانه يثبت على طريق المصلحة فيتقيد بها وفيه نظر لان كلا
من الخيارين ثابت باصل العقد وانما يفترق بان احدهما يثبت بالاشتراط والآخر بمقتضى العقد
ولم يقل احد بتقيد فسخ العيب في غير المفلس بالمصلحة فاعتبار الغبطة فيه هنا مع كونه ليس من
التصرفات المبتدأة ليس بجيد ولو قيل ان الحكمة الباعثة على اثبات خيار العيب هو الغبطة نظرا — اثبات
الى نقص المعيب فلنا مثله في الخيار فان حكمة الخيار مع ان الاصل في البيع اللزوم لانه لم يوضع الا لتملك
كل من المتعاقدين مال الآخر انما هي امكان ان يتجدد لذي الخيار ما يوجب ارادة الفسخ ولاجل التسلسل الى
فشرع الخيار لذلك ومن ثم ثبت في الحيوان ثلثة ايام من غير شرط لان الحيوان مما يشتمل على امور خفية
لا يطلع عليها ابتداء غالبا بخلاف غيره ولما امكن في غيره ذلك شرع اشتراط الخيار ومما قد يختلف من افراد — غيره
العيب ما لا غبطة في رده بل الغبطة في قبوله كالخصي العبد فانه عيب مع استلزامه زيادة
القيمة ومثله الفسخ بخيار المجلس التشهي فالحكم فيهما واحد وبالجملة فالقواعد الكلية في
الاحكام الشرعية اخرجت الامور المحكمة عن بعض موضوعاتها الجزئية وفي التذكرة فرق
بين الخيار والعيب بان العقد في زمن الخيار متزلزل لا ثبات له فلا يتعلق حق الغرماء بالمال
ويضعف تعلقهم به بخلاف ما اذا خرج معيبا واذا ضعف التعلق جاز ان لا يعتبر
شروط الغبطة وفيه نظر فان التزلزل مشترك بينهما فالفرق تحكم ونقل فيها عن بعض الشافعية
اعتبار الغبطة فيهما قياسا وجعل عدم اعتبار الغبطة فيهما وجها وهو الوجه
ولو كان له حق فقبض دونه كان للغرماء منعه يمكن ان يريد بالاقتصار على قبض البعض
اسقاط الباقي ويسوغ منعهم له عن ذلك ظاهر لانه تصرف مبتدأ فلا يمكن منه ويكون قبض البعض
كناية عن الاقتصار عليه مع اسقاط الباقي ويمكن ان يريد به قبض بعض الحق في ذلك المجلس
وتاخير الباقي الى وقت آخر لا يفوت فيه غرض الغرماء وانما يكون لهم منعه حيث لا يلزم

قبض البعض

قبض البعض اذا بذل له من عليه الحق كثمن المبيع فلو كان الحق عوضا عن دين او اتلاف مال كان له قبض البعض
وقد تقدم تفصيل ذلك في البيع واعلم ان نسبة الفسخ عليه على طريق المجاز فانه لا يمكن من قبض المال الا امضا — اليه
الحجر ذلك وانما المراد اثبات تسلطه على الحكم المذكور وان كان القابض غيره ولو اقرضه انسان مالا
بعد الحجر او باعه بثمن في ذمته لم يشارك الغرماء وكان ثابتا في ذمته هذا في العالم بالحاله موضع وفاق
ولا مزاحمة على دينه حيث علم اعساره وتعلق حق الغرماء باموالهم اما لو كان جاهلا بحاله فقد جزم المصنف
بانه كذلك لتعلق حق الغرماء الموجود من عند الحجر باموالهم وان كانت متجددة تبعا على تعلق الحجر بالمتجدد
من ماله فلا يتوجه له الضرب معهم ولا اخذ عين ماله وفيه وجهان آخران احدهما
جواز فسخه واختصاصه بعين ماله لعموم قوله صلى الله عليه وآله صاحب المتاع احق بمتاعه
اذا وجده بعينه والثاني الضرب مع الغرماء لان له حقا ثابتا في الذمة فهو غريم ويضرب
كسائر الغرماء لانه قد ادخل في مقابل الثمن مالا فليضرب بالثمن اذ ليس فيه اضاعة على الغرماء ويضعف
الوجهان بما تقدم من تعلق حق الغرماء بماله ولذا كان متجددا مثل هذا الغريم مع ان الوجهين متنافيان فان
لانه ان كان غريما اختص بعين ماله وان لم يكن غريما لم يضرب وما اختاره المصنف لا يخلو من قوة
واحترز بكون الثمن في ذمته عما لو اشترى بعين من اعيان ماله فان الشراء يقع باطلا على ما سلف
او موقوفا على اجازة الغرماء او على فك الحجر وسلامة ملك العين ولو اتلف مالا بعد الحجر
ضمن وضرب صاحب المال مع الغرماء انما يضرب صاحب المال المتلف مع كون السبب متاخرا
عن الحجر لانتفاء رضاه وانما ثبت حقه بوجه قهري فثبت له استحقاق الضرب ومن ثم قيل
في الجاهل بالمعاملة ذلك الا ان بينهما فرقا وهو ان الجاهل مختار وربما كان جهله مستندا
الى تقصيره في البحث عن حال معاملته لان المحجور عليه يشيع خبره على وجه لا يشتبه الا
على المقصر في البحث وفي حكمه اتلاف المال جناية على نفس آدمي محترمة او طرفه
ولو اقر بمال مطلقا وجهل السبب لم يشارك المقر له الغرماء لاحتمال كونه مما لا يستحق به المشاركة
فقد علم مما تقدم ان ثبوت المال في ذمة المحجور عليه قد يكون مما يضرب به كالذي سبق سببه

والواقع قهراً بعده كالاتلاف والجناية وقد لا يكون كذلك كالمتجدد باختيار الغريم فاذا اقرّ
بمال مطلقاً احتمل كونه مما يضرب به مع الغرما وعدمه ومتى احتمل الامرين تضعف عن معارضة ما علم
تعلقه شرعاً بماله وهو حق الغرما السابقين على الحجر يختصون به لاصالة عدم استحقاق المقرّ له
المشاركة وربما قيل بوجوب استفصاله ليعلم استحق المقرّ له الضرب ام لا ولا شبهة في جوازه
وارلويته اما وجوبه فيمكن دفعه بان تعلق حق الغرما بعين ماله لما كان معلوماً وتعلق حق المقر له غير معلوم
لما ذكرناه فيبقى على اصالة عدم المشاركة الى ان يثبت خلافها ولا تحل الديون المؤجلة بالحجر
وتحلّ بالموت هذا هو المشهور وعليه العمل لاصالة بقاء ما كان عليه وقال ابن الجنيد انه يحل
قياساً على الميت وهو باطل مع وجود الفارق بتحقق الضرر على الورثة ان منعوا من التصرف الى حلوله
وصاحب الدين ان لم يمنعوا لخلاف المفلس ولا خلاف في دين الميت من مال المسلم والجناية المؤجلة عليه
وغيرهما على الاقوى لعموم النص ووجه احتمال خروجهما ان الاجل في السلم جزء من العوض فلو حلّ
مال السلم لزم نقصان العوض واجل الجناية بتعيين الشارع فيدورنه لا يكون بذلك الدية وعموم
النص يرفع ذلك ويسقط ما ادعي تاثيره لانهما فردان من افراد الديون مسا ولهما لغيرهما
من وجد منهم عين ماله كان له اخذها ولو لم يكن سواها وله ان يضرب بدينه سواء كان وفا
ام لم يكن على الاظهر هذا هو المشهور وعليه العمل والنصوص دالة عليه وللشيخ رحمه الله
قول بانه لا اختصاص الا ان يكون هناك وفا استناداً الى صحيحة ابي ولاد عن ابي عبد الله عليه السلم
ولا دلالة فيها لانها واردة في غريم الميت لا غريم المفلس وقد تقدم انه يمكن تجدد الوفا وان كان
في ابتدا الحجر قاصراً عن الدين اما بارث او اكتساب او ارتفاع قيمة امواله او نماها فلا يرد ان شرط
الحجر القصور فكيف يتصور الوفا معه ويمكن هنا ايضاً ان يكون الديون التي تبرع عن امواله مع قيمة الدين
المعلق بمتاع واحد فاذا اخرج دينه من بين الديون ومتاعه من بين امواله صارت وافية بالديون
اما الميت فغرماؤه سواء في التركة الا ان يترك نحوا مما عليه فيجوز لصاحب العين اخذها
مستنداً في ذلك صحيحة ابي ولاد التي اشرنا اليها سابقاً والمراد بالنحو هو المثل بمعنى ان يكون تركته
قدرها عليه

قدرها عليه فصاعداً بحيث لا يحصل على باقي الغرما قصور والتقا عبارة المص بالنحو تبعاً للرواية
ولا فرق بين ان يموت المديون محجوراً عليه اولا لان الموت بمنزلة الحجر وقيل الحكم مختص بالمحجور عليه
واطلاق النص يدفعه والحكمة في شرط الوفا في مال الميت دون الحيّ واضحة لان الميت لا يبقى المحجور الحيّ
له ذمة فلا يناسب الاختصاص الا مع الوفا لئلا يتضرر الغرما بخلاف الحي فانما يتخلف
من الدين يتعلق بذمته فربما لا يضيع والقول بذلك هو المشهور بين الاصحاب وخالف فيه يضيع
ابن الجنيد فحكم بالاختصاص هنا وان لم يكن وفا كالحجر وهو ضعيف قوله وهل الخيار في
ذلك على الفور قيل نعم ولو قيل بالتراخي جاز الاشارة بذلك الى ما تقدم في الحي والميت
فان في كون الخيار لواجد العين حيث يجوز له اخذها على الفور ام التراخي قولين منشاهما اطلاق النص
بثبوته مستصحب الى ان يثبت المزيل وهو الذي مال اليه المصنف هنا ووجوب الوفا بالعقد
وبنا البيع على اللزوم فيقتصر في الخروج عن ذلك على موضع الضرورة جمعاً والحق ان هذا الخيار خاص
مخرج لما ذكر عن العموم او مقيد له فيثبت مطلقاً وان كان مراعاة الفورية اولى ولو وجد بعض
المبيع سليماً اخذ الموجود بحصته من الثمن وضرب بالباقي مع الغرماء وكذا لو وجده معيباً الى قوله
وتركه اذا وجد البايع بعض مبيعه دون بعض فلا يخلوا اما ان يكون للبعض الفائت مما يقسط عليه
الثمن بمعنى يسقط عليه وعلى الباقي بالنسبة وهو الذي يصح افراده بالبيع كعبد من عبدين ونصف ثوب
اولا يكون كذلك كيد العبد وعلى التقديرين فالتالف اما ان يكون تلفه من قبل الله تعالى او بجناية
اجنبي او من المشتري او من البايع فالصور ثمان ومحصل حكمها ان البعض الفائت ان كان له قسط
من الثمن بالمعنى الذي ذكرناه فان البايع يتخير بين ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن ويضرب مع الغرما
بحصة التالف وبين ان يضرب بجميع الثمن وهذا هو القسم الذي صدر به المص ولا خلاف في حكمه
عندنا مطلقاً ولان الموجود يصدق عليه انه عين ماله فله اخذها وانما خالف فيه بعض العامة
وزعم انه ليس له الرجوع بالباقي لانه لم يجد المبيع بعينه وان لم يكن للفائت قسط من الثمن كالو
وجد العبد بغير يد فان كان فواتها بآفة من الله تعالى فليس للبايع الا الرضا به على تلك الحال او الضرب
بالثمن عند المص واكثر الاصحاب حتى ان المص لم ينقل فيه هنا خلافاً وان لم يكن له هنا ارش لانه لا حق وانما
له في العين الا بالفسخ المتجدد بعد العيب وانما حقه قبل الفسخ في الثمن فلم يكن العين مضمونة له ولم يكن له الرجوع

بارش المتجدد وذهب ابن الجنيد الى مساواة هذا القسم للسابق فى استحقاق ارش النقصان وقواه العلامه
فى المختلف والشيخ على رحمه الله وهو حسن لان فسخ المعاوضه يوجب رجوع كل مال الى صاحبه فان كان باقيا رجع
به وان كان تالفا رجع ببدله كاينا ما كان وكون العين فى يد المشترى مضمونه للبايع معارض بما له قسط
على انا لا نقول انها مضمونه مطلقا بل بمعنى ان الفايت فى يد المشترى يكون من ماله لان ذلك هو مقتضى عقود
المعاوضات المضمونه فاذا ارتفع عقد المعاوضه رجع كل من العوضين الى مالكه او بدله واما كون مثل اليد لا
تقسط لها من الثمن فان اراد وان الثمن لم يبذل فى مقابلتها منه شئ ففساده ظاهر اذ لولاها لم يبذل جميعه
قطعا وان اراد وان الثمن لا يقسط عليها وعلى باقى الاجزاء على نسبة القله والكثره كالعشر فى مثالنا وفى الاجزاء
فانه يقسط عليه عشر الثمن ويحسب قيمته فيما يمكن افراده بالبيع كالعبد من عبدين فلا دلاله فيه على مطلوبهم
وان كان فوات الجزء المذكور بجنايه اجنبى تخير البايع بين اخذه والضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان
القيمه وبين الضرب بجميع الثمن وذلك لان الاجنبى لما ثبت ارش الجنايه والارش جزء من المبيع وقد
اخذه المشترى فلا يضيع على البايع بخلاف المعيب بالافه السماويه حيث لم يكن لها عوض كذا عللوه
وهو ينافى ما ذكروه سابقا لانه لما وقع فى وقت لم يكن العين مضمونه عليه فلم يستحقها البايع الا بعد
الفسخ كما ذكروه فى ذلك التعليل ينبغى ان لا يكون له الا الرضا بالعيب لانه لم يجد سواه وعلى ما قررناه من
ان الفسخ يوجب رجوع كل من المعاوضين الى ماله او بدله فالاشكال منتف واحترزنا بكون الارش
المرجوع به على نسبة نقصان القيمه عما ضمنه الجانى فانه لا يعتبر لان ضمانه لارش الجنايه قد يكون
مقدر شرعى بحيث يكون مقدر قيمة المجنى عليه فيلزم الرجوع بالعوض والمعوض وكذا لو كان العبد
يساوى مائتين مثلا وقد اشتراه بمائه فجنى عليه الجانى بقطع يده فان ارشها نصف القيمه وهو مائه
فلا يرجع البايع بها وبالعبد لئلا يجمع بينهما بل الارش الذى يرجع به جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة
نقصان القيمه اليها لان هذا هو قاعدة الارش واما حكم ارش الجنايه فخارج بامر شرعى يستحقه مالك
العين حين الجنايه وان كان فوات الجزء بجنايه البايع فهو كالاجنبى لانه جنى على مال ليس مملوكا له ولا فى
ضمانه وهذا القسم داخل مع الاجنبى فى قول المص قد استحق ارشه وان كان بجنايه المشترى
فقد قطع المص بكونه كالفوات من قبل الله تعالى لما سبق من التعليل وعلى ما اخترناه لا فرق
ويحتمل ان يكون جنايته كجنايه الاجنبى لان اتلاف المشترى نقص واستيفا فكانه صرف
جزءا من المبيع الى غرضه فهذه جملة احكام الاقسام   ولو حصل منه نماء منفصل كالولد واللبن

كان النماء

كان النماء المشترى وكان له اخذ الاصل بالثمن   هذا موضع وفاق لم يخالف فيه الا بعض العامه ولانه انفصل
فى ملك المفلس فلم يكن للبايع الرجوع فيه فانه ليس عين ماله ولا فرق فى الولد بين الحمل والمنفصل ولا فى اللبن بين المحلوب
وغيره ومثله الثمرة المتجددة وان لم تقطف   ولو كان النماء متصلا كالسمن او الطول او زادت لذلك قيمته
مثل اخذه لان هذا النماء يتبع الاصل وفيه تردد   القول للشيخ رحمه الله وجماعه منهم العلامه فى القواعد
محتجين بان هذه الزياده محض صفه وليست من فعل المفلس فلا تعد مالا له ولانه يصدق انه وجد
عين ماله فيرجع به   ووجه التردد مما ذكر ومن كون الزياده ملكا للمفلس وان لم يكن بفعله لانها ملكه وان
الرجوع فى العين على خلاف الاصل فيقتصر فيه على ما لا يستلزم فوات مال المفلس ولانها ليست
عين ماله بل هى مع شئ آخر وربما اشكل الفرق بين الزياده هنا وفى زمن الخيار حيث يرجع ذو الخيار
بالعين مع هذه الزياده والفرق بان الخيار ثابت باصل العقد بخلافه هنا فانه طار بالحجر لا يدفع لاشترا
كهما فى ان الفسخ من حينه فالسابق وقع فى ملك المشترى   وذهب جماعه منهم العلامه فى المختلف
وابن الجنيد الى ان الزياده للمفلس فان رجع البايع فى العين يكون شريكا للمفلس بمقدار الزيادة   وفى
التذكرة استقرب عدم جواز الرجوع فى العين واطلق واراد به ولو مع رد الزياده لانه علل بعد ذلك
مسئلة ما لو كان حبا فزرعه فانه ليس له اخذه لانه اذا لم يكن له اخذ العين مع الزياده المتصله فهنا
اولى وحينئذ ينحصر الاقوال بالثلثه وكلها للعلامه   وقول المصنف قيل له اخذه يحتمل كون الاخذ
مجانا وهو الظاهر فيكون اشارة الى قول الشيخ ويحتمل كون المراد مع رد الزياده فيكون اشارة
الى قول ابن الجنيد والظاهر ان مراده الاول   وكذا لو باعه نخلا وثمرتها قبل بلوغها وبلغت بعد
التفليس ان كانت الزيادة فى الثمرة المذكورة فى نفس العين فالحكم كما سلف بل هى فرد من افراد تلك المسئلة
وهذا هو الذى يقتضيه حال الثمرة قبل البلوغ وبعده وان كانت الزياده فى القيمة خاصة مع بقاء
الثمرة على قدرها ففى الحاقها بها وجهان من كون الزياده القيمه حصلت فى ملك المفلس فلا يوخذ
منه مجانا ومن بقاء عين مال البايع من غير تغير فيدخل فى عموم الخبر واستقرب فى التذكرة عدم
جواز الرجوع فى العين مطلقا متى زادت قيمتها الزيادة السوقية والحق به ما لو اشتراها المفلس بدون
ثمن المثل   اما لو اشترى حبا فزرعه واحصد او بيضة واحضنها وصار منها فرخ لم يكن له
اخذه لانه ليس عين ماله   اشار بالتعليل الى ان الخبر الدال على الرجوع يقتضى اعتبار كون عين المال
قائمة وحينئذ فلا رجوع فى الحب المزروع والبيضة لان الموجود الآن ليس عين المال وان كان
اصله من ماله ولهذا فارق الغاصب لان التغير فى الغصب كان فى ملك المغصوب منه فكان

الموجود له كيف كان ومثله القول في زرع المرتهن لحب المرهون وبالجملة فالمرجع هنا الى وجود العين الا الى مجرد
الملك وكذا القول في العصير اذا تخمر في يد المشتري ثم تخلل ولو قلنا بالمنع من الرد في مسئلة الزيادة المتصلة
فهنا اولى ولو باعه نخلا حائلا فاطلع واخذ النخل قبل تابيره لم يتبعها الطلع لان الطلع ثمرة متجددة في
حكم المنفصلة فلا يتبع وانما تبعت في البيع بنص خاص فلا يتعدى ونبه بذلك على خلاف الشيخ رحمه الله حيث
حكم بجواز اخذ النخل مع الطلع وهو احد قولي الشافعي الا انه قاسه على البيع والشيخ لا يقول بالقياس
ولو كانت قد ابرت فلا خلاف في عدم التبعية لانها حينئذ مما حصل للمشتري على ملكه فلا يزول ولا يتصور
تبعيته بوجه وكذا القول في باقي الثمار بعد الظهور وانما خص ثمرة النخل بالتابير للسنة المذكورة وحيث يكون
الثمرة للمشتري واخذ البايع الشجر يجب عليه ابقاؤها الى اوان قطفها عادة بغير اجرة وكذا لو باع
امة حائلا فحملت ثم فلس واخذها البايع لم يتبعها الحمل القول في الحمل كما مر في الثمرة وخالف فيه الشيخ رحمه الله
ايضا فجعل الحمل كالجزء من الامة وحكم بان بيع الحامل يستتبع الحمل لذلك فلزمه مثله هنا لان مذهبه
ان الزيادة المتصلة لا تمنع اخذ البايع مجانا فيكون هنا كذلك ولكنه لم يصرح به الا ان مقدماته تستلزمه
وحيث حكم بكون الحمل للمشتري يجب على البايع ابقاؤه الى الوضع بغير اجارة ويمكن اعتبار شرب اللبا
ايضا وقد ذكروا في نظايره محتجين بان الولد لا يعيش بدونه ولو باع شقصا وافلس المشتري
كان للشريك المطالبة بالشفعة ويكون البايع اسوة مع الغرماء في الثمن قد اشتملت هذه المسئلة على
حكمين احدهما تقدم حق الشفيع على البايع ووجهه ان حقه اسبق من حقه لان الشفيع استحق
العين بالبيع وحق البايع انما تعلق بها بالحجر وهو متاخر عن البيع ولان حق الشفيع لاحق للبيع لذاته
وحق البايع لاحق له بواسطة الحجر وما بالذات اولى مما بالعرض ولان حقه اقوى لانه ياخذ من المشتري
ومن بعده الشقص وان تعدد ويبطل جميع العقود والبايع انما يتعلق بالعين ما دامت باقية على ملك المشتري
ولانه ياخذها وان زادت والبايع لا ياخذها مع الزيادة على ما تقدم والثاني ان الثمن لا يختص به
البايع بل يكون فيه اسوة الغرماء وذلك لانه انما ثبت للمشتري بالاخذ بالشفعة وفي تلك الحال يكون مالا
للمشتري فيتساوى فيه الغرماء ولا يتقدم به البايع لانه ليس عين ماله بل عوضه وهو لا يتقدم
بالعوض والمصنف اقتصر على الحكمين طارحا ما عداهما عن درجة الاعتبار لضعفه وقد حكى الشيخ
في المبسوط وجهين آخرين وكذلك العلامة وهما قولان للشافعية احدهما ان البايع يقدم على الشفيع
فيفسخ ويأخذ العين لعموم الخبر الدال على اختصاص البايع بعين ماله ولان الشفعة شرعت لدفع الضرر
بالشركة التي لا يختارها الشريك والضرر هنا يزول عن الشفيع لان البايع اذا رجع في الشقص عاد الامر كما كان

قبل البيع

قبل البيع ولم يتجدد شركة غيره ويضعف بمنع شمول الخبر للمنازع لسبق حق الشفيع سلمنا لكن تعارض عمومان
متقدم الاسبق ومراعاة دفع الضرر في الشفعة غير لازمة وان كان اصل الحكمة فيها ذلك بل هي ثابتة بالنص
والاجماع ولا يندفعان بهذه الاعتبارات الوهمية وثانيهما يقدم الشفيع بالعين والبايع بالثمن على ساير
العزماء حيث تعذر اخذه للعين وحيث انه عوض ماله الذي قد وجده على حاله الحجر بعينه وقد كان حقه
التقدم به لولا عروض مانع سبق فيرجع الى بدله جمعا بين الحقين ويضعف بان الخبران افاده
حكم اخذ العين والا لم ينفعه في الثمن لعدم تناول الخبر له بل هو من جملة اموال المفلس وللشيخ رحمه الله في
هذه المسئلة قول مبني على اصله السابق وهو انه مع الوفاء يكون المشتري اولى بالثمن وان لم يكن في ماله
وفاء كان اسوة الغرماء اختاره في المبسوط وهو ضعيف المأخذ لكنه غير مخالف في فائدة الحكم لانه
مع وفاء ماله بدين الغرماء يحصل له الثمن المذكور الا انه لم يختص لفضل به ولو فلس المستاجر فسخ الموجر
الاجارة ولا يجب عليه امضاؤها ولو بذل الغرماء الاجرة اذا افلس المستاجر ولم يكن قد دفع الاجرة جاز للموجر الفسخ
واخذ العين الموجرة بدلا للبايع منزلة الاعيان ولانه يدخل في عموم الخبر لانه قد وجد عين ماله وله ايضا الاجارة
والضرب مع الغرماء بالاجرة وتفصيل المسئلة ان الحجر عليه لا يخلو اما ان يكون قبل مضي شيء من المدة او بعده
وعلى الثاني اما ان يكون العين الموجرة فارغة من حق المفلس كالدار او مشغولة كالارض مزروعة او مغروسة
والدابة قد حمل عليها وهو في اثناء المسافة ثم اما ان يكون الاجارة واردة على عين او ذمة فان كان الحجر
قبل مضي شيء من المدة لا يحل بقسط الاجرة عليه فان فسخ الموجر اخذ العين وسقط الاجرة وان اختار
ايضا الاجارة ضرب مع الغرماء بالاجرة واجر الحاكم العين على المفلس كما يوجر اعيان امواله التي لا يمكن بيعها
وصرف الاجرة الى الغرماء هذا ان كانت معينة ولو كانت في الذمة واختار الموجر الامضاء امره الحاكم بتعيينها
ليوجرها وان كانت بعد مضي شيء من المدة له قسط من الاجرة فان كانت فارغة وفسخ الموجر ضرب مع الغرماء
بقسط المدة الماضية من الاجرة المسماة كما لو باع عبدين فتلف احدهما فيفسخ في الباقي وان اختار
الامضاء ضرب بجميع الاجرة وان كانت مشغولة فان كان بزرع وقد استحصد واختار الفسخ وله المطالبة
بالحصاد وتفريغ الارض وان كان قبله فان اتفق مع الغرماء على قطعه قصيلا قطع وكان كالساقي
وان اتفقوا على التبقية فلهم ذلك مع بذل اجرة المثل لبقية المدة مقدمة على الغرماء اذ فيه مصلحة الزرع
الذي هو حقهم كاجرة الكيال والوزان وان كان دابة يحمل عليه الحمل الى مأمن باجرة المثل لذلك الحمل من

ان يكون متقدما على الغرماء كما مر فاذا نقله سلمه الى الحاكم مع امكانه والا وضعه على يد عدل وكذا لو كانت الاجرة
لركوب المفلس وحصل الفسخ في اثناء المسافة فانه ينقل الى مامن باجرة مقدمة دفعا للضرر عن نفسه الذي هو اولى من
حفظ ماله ولا فرق في هذه المواضع بين كون مورد الاجارة للعين او الذمة لتحقق التعين ولو اشترى
ارضا فغرس المشتري فيها او بنى ثم فلس كان صاحب الارض احق بها وليس له ازالة الغروس ولا الابنية وهل له
ذلك مع بذل الارش قيل نعم والوجه المنع انما كان له الرجوع في الارض مع تغيرها بالغرس لانها عين ماله
وهي متميزة عن مال المفلس لا يستلزم الرجوع فيها اخذ مال المفلس ولا ضرر عليه لانه يبقى فيها الى ان يفنى بغير
اجرة مدخل في عموم الخبر وانما لم يكن له الازالة لانها وضعت بحق في زمن ملكه فيكون محترما ولا يجوز ازالتها
ولو مع الارش على الاقوى والقول بجواز ازالتها مع الارش للشيخ في المبسوط وربما استند الى ظاهر الخبر حيث
ان المتبادر من الرجوع في العين استحقاق منافعها لحدث وضع الغرس بحق بجمع بين الحقين بقلعه
بالارش وعلى هذا ينبغي ان يجوز ابقاؤه باجرة لا مجانا لان ذلك هو مقتضى التعليل ولكن لم يذكر احد استحقاق
الاجرة لو ابقاها نعم هو وجه لبعض الشافعية والفرق بين هذه وبين العين المؤجرة اذا فسخ فيها المؤجر وقد اشتغلت
بزرع المستاجر حيث انه يستحق الاجرة فيها كما تقدم دون هذه ان المعقود في البيع الرقبة وانما يحصل
له بالفسخ فان لم ياخذ الاجرة وفي الاجارة المعقود عليه المنفعة فان فسخ العقد فيها واستوفاها
المستاجر بغير عوض خلى الفسخ عن الفائدة ولم يعد اليه حقه فلم يستفد بالفسخ شيئا لحرمت المنفعة حيث
لم يمكن من استيفائها بالاجرة وايضا فان المشتري دخل على ان لا يضمن المنفعة فلم يثبت عليه اجرة
كما لو باع اصولا دون ثمرتها بخلاف المستاجر فان تعلق ضمانه هو المنفعة فيجب عليه الاجرة وفي حكم
الغرس البناء اما الزرع فيجب على البايع ابقاؤه الى اوانه بغير اجرة لو فسخ في الارض ولا واحدا والفرق
ان للزرع امدا قريبا ينتظر فلا يعد العين معه كالتالفة مستطر بخلاف الغرس والبناء وعلى القول بجواز
قلع الغرس وازالة البناء مع الارش فطريق تقديره ان يقوم الغرس قائما الى ان يفنى بغير اجرة والبناء ثابتا
كذلك ومقلوعا فالارش هو التفاوت ثم يباعان ويكون له ما قابل الارض فان امتنع بيعت
له الارض وبقيت الغروس والابنية منفردة هذا تفريع على عدم استحقاق البايع ازالتها ولا
بالارش فالطريق الى وصوله الى حقه ان تباع الارض بما فيها من البناء والغرس فله من الثمن ما قابل
الارض وطريق معرفته ان يقوما معا ثم تقوم الارض مشغولة بها ما بقيا مجانا وينسب قيمتها كذلك الى
قيمة المجموع ويوخذ من الثمن لها بنسبته ذلك والباقي للمفلس هذا ان رضي البايع ببيع الارض والا لم يجبر
عليه بل باع

عليه

بيعت

عليه بل باع مال المفلس على حالته التي هو عليها من كونه في ارض الغير مستحق البقاء الى ان يفنى مجانا وان استلزم
ذلك نقصانا في قيمته لو ضم للارض واخذ للارض قسطها فان ذلك هو حق المفلس ولا يؤثر هذا النقصان وحيث
باع منفردا ابقي حكمه حكم من باع ارضا واستثنى شجرة في جواز دخول مالكها اليها وسقيها الى آخر ما ذكر من احكامها
وقد تقدمت في البيع ولو اشترى زيتا فخلطه بمثله لم يبطل حق البايع من العين وكذا لو خلطه بدونه لانه رضي
بدون حقه وان خلطه بما هو اجود قيل بطل حقه من العين ويضرب بالقيمة مع الغرماء انما لم يبطل حق البايع
بمزج المبيع لوجود عين ماله في جملة الموجود غايته انها غير متميزة وذلك لا يستلزم عدمها اذ لا واسطة بين الموجود
والمعدوم ويمكن التوصل الى حقه بالقسمة لان الزيت كله سواء فياخذ حقه بالكيل او الوزن هذا
اذا خلطه بمثله او اردى اما لو خلطه باجود فالاقوى انه لذلك لعين ما تقدم فان العين موجودة ايضا
قطعا غاية ما هناك انه يتعذر تمييزها لكن يمكن التوصل الى قيمته بان يباعا ويكون له بنسبته ما يخصه من القيمة
وهو مختار العلامة في المختلف والتحرير وعلى هذا لو كانت قيمة زيته درهما والممزوج به درهمين بيعا
واخذ ثلث الثمن ويحتمل ان يكون له ذلك في الخلط بالاردى ايضا لانه حقه والحال ان العين باقية
وقد تعذر الوصول اليها فيعدل الى القيمة واختاره في التحرير والقول ببطلان حقه لو مزجه بالاجود
للشيخ رحمه الله وتبعه العلامة في التذكرة والقواعد فصار للعلامة في المسئلة ثلثة اقوال
ووجه هذا القول ان العين حينئذ تصير بمنزلة التالفة من طريق المشاهدة والحكم اما الاول فللاختلاط
واما الثاني فلانه اخذها لا يمكن الرجوع الى عينه بالقسمة والمقدار من الممتزج للاضرار بصاحب
الاجود وهو ضعيف لان العين موجودة ويمكن الوصول الى الحق بالقيمة ولو اثر مثل هذا الاختلاط
في العين لزمه مثله في القسمين الاخرين وحكى الشيخ رحمه الله في قسم الاجود قسما ثالثا وهو ان
يدفع الى البايع من عين الزيت بنسبة ما يخصه فاذا خلط جرة تساوي دينارا بجرة تساوي دينارين
فللبايع قيمة ثلث الجميع فيعطى ثلث الزيت وهو ثلثا جرة ثم غلطه باستلزام الربوا وهو متجه على القول
بثبوته في كل معاوضة ولو خصصناه بالبيع لم يكن القول بعيدا ولو نسج الغزل او خبز الدقيق
او قصر الثوب لم يبطل حق البايع من العين وكان للغرماء ما زاد بالعمل اعلم ان الزيادة اللاحقة

اخذه

تولا

ذهاب ه

للمبيع لا يخلو اما ان يكون من نفسه او من خارج والاولى اما متصلة محضا كالسمن او منفصلة محضا كالولد
او متصلة من وجه دون آخر كالحمل وقد تقدم حكم الثلثة كالغرس وحقه والزيادة الخارجية اما ان يكون
عينا محضة كنسج الغزل وقصر الثوب او صفة من وجه وعينا من آخر كصبغ الثوب وقد تقدم حكم القسم الاول
وبقي الاخيران وهذه المسئلة حكم الثاني والثالث بعدها بلا فصل اذا تقرر ذلك فنقول اذا اشترى عينا
وعمل فيها عملا يزيد في صفتها لا في ذاتها كان طحن الحنطة او خبز الدقيق او قصر الثوب او خاطه بخيط منه او نسج
الغزل او نشر الخشب الواحا وعملها بابا ونحو ذلك لم يسقط حق رجوعه بالعين عندنا لان العين لم يخرج
عن حقيقتها بتوارد هذه الصفات عليها فكان واجدا عين ماله ثم ان لم يزد قيمة المبيع لهذه الصفات
فلا شيء للمفلس سواء غرم المفلس عليه شيئا ام لا وان نقصت قيمته فلا شيء للبائع لو اختار اخذ العين
وان زادت القيمة بسببه صار المفلس شريكا فيها كزيادة العين فتباع العين ويكون للمفلس من الثمن بنسبة
ما زاد فلو كانت قيمة الثوب مائة خاما ومائة وعشرين مقصورا كان للمفلس سدس الثمن هذا هو الذي
قطع به المص وهو احد القولين في المسئلة والقول الآخر ان العين يسلم الى البائع مجانا الحاقا لهذه الزيادة
بالمتصل كالسمن وغيره بناء على ان حكم المتصل ذلك وقد تقدم الخلاف فيها ومن حكم هناك بان الزيادة للمشتري
يحكم هنا بطريق اولى ومن يحكم بكونها للبائع يمكن ان يحكم بان هذه للمشتري لان هذه من فعله او ما في
حكمه بخلاف السمن والكبر فانهما من عند الله تعالى وان كان سببهما من عند المكلف كالعلف والسقي ومن ثم يتخلف
السمن عنهما في بعض الاحيان وربما يحصل بدونهما في آخر وعلى تقدير استناده اليهما فالفاعل هو الله تعالى
بخلاف طحن الحنطة وخبز الدقيق ونحوهما ومن ثم جاز الاستيجار عليه ولم يجز الاستيجار على السمن ونحوه كما
لا يخفى والاقوى في الموضعين ان الزيادة للمفلس حينئذ فالمعتبر بالقيمة مع الزيادة حين الرجوع
ولو صبغ الثوب كان شريكا للبائع بقيمة الصبغ اذا لم ينقص قيمة الثوب به هذا مثال ما لو كانت
الزيادة عينا من وجه وصفة من آخر فان الصبغ في نفسه عين واحدث للثوب صفة من اللون لم يكن
وحينئذ فاما ان يزيد الثوب في القيمة بعد قيمة الصبغ او اقل او اكثر او لا يزيد شيئا او ينقص ففي الاول يكونان
شريكين بنسبة المالين كما لو كانت قيمة الثوب مائة والصبغ عشرين وساوى بعد الصبغ مائة وعشرين فللمفلس

للصفة

سدس الثمن والقسمة هنا على الاعيان ولا يتحقق للمص حكم لانتفاء الزيادة بسببها وفي الثاني يكون للبائع بقدر
قيمة الثوب والنقصان على المفلس لان الصبغ يتفرق اجزاؤه في الثوب ويهلك والثوب قائم بحاله فلو كان نسبة
النقصان الى الصبغ اولى لكن يشترط في ذلك ان لا يعلم استناد النقصان او بعضه الى الثوب والا لحقه بحسبه
وفي الثالث وهو زيادة قيمته مصبوغا عن قيمة الثوب والصبغ كما لو صار في المثال يساوي مائة وخمسين فلا شبهة
في كون كل عين محفوظة بقيمتها وانما الكلام في الزائد عنهما فانه صفة محضة فيجري فيها البحث في المسئلة السابقة
فان الحقناها بالاعيان فهي باجمعها للمفلس وهو الاقوى وان الحقنا الاثر بالعين فهي للبائع ويحتمل بسطها
على نسبة المالين لعدم الاولوية حيث انها تابعة للعينين وان لم يزد قيمة الثوب شيئا بالصبغ او نقصت
لم يكن للمفلس شيء لان عين مال البائع قائمة وعين مال المفلس ذاهبة كما مر والصفة منتفية فيتنفي الشركة فيه
ولا واحدا ويمكن شمول قول المص اذا لم ينقص قيمة الثوب به للقسمين وان كان في الثاني اوضح وكذا
لو عمل فيه المفلس عملا بنفسه كان شريكا بقدر العمل هذا من افراد الصفة المحضة وقد مر الغناء عنه بالسابق
فانه اعم من كونه بنفسه وبغيره وانما يكون شريكا بقدر العمل مع زيادة العين بقدره خاصة والا جاء فيه ما تقدم
من الاقسام ولو اسلم في متاع ثم افلس المسلم اليه قبل ان وجد راس ماله اخذه والا ضرب مع الغرماء
بالقيمة وقيل له الخيار بين الضرب بالثمن او بقيمة المتاع وهو اقوى القول الاول للشيخ رحمه الله ووجهه مع وجدان
عين ماله دخوله في العموم ومع عدمه يضرب بدينه كما في كل غريم ودينه هو المسلم فيه فيضرب به وانما اعتبر القيمة
لان الضرب باعتبارها والا فالمرجع الى نفس الدين ووجه ما في الثاني مع تلف عين ماله ما تقدم في السلف من انه
متى تعذر المسلم فيه في وقته يخير المسلم بين الفسخ والصبر فيكون هنا كذلك الا انه مع الفسخ يضرب بالثمن ومع
عدمه يضرب بقيمة المسلم فيه اذ لا صبر هنا لاحد من الغرماء وهذا هو الاقوى وهو اختيار الاكثر ولكن
يجب تقييده بما لو لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه او يشتمل عليه بحيث يمكن وفاؤه منه فلو فرض ذلك
لم يكن له الفسخ اذ لا انقطاع للمسلم فيه ولا تعذر ومن الممكن ان يصل الى جميع حقه بان يفرض عدم قصور المال
حين القسمة وان كان قاصرا كما مر فلا بد من ملاحظة مثل هذا القيد وعلى تقدير وصول البعض فلا وجه

للمسيح فيه ايضا وفيما قربه المصنف القول الثاني اجمال وتلخيصه انه مع وجود العين وهو الثمن يتخير المسلم
بين المسيح فياخذه وبين الضرب بدينه وهو المسلم فيه وان وجده تالفا تخير بين المسيح فيضرب بالثمن وبين الامضاء
فيضرب بالمسلم فيه ولو ولدت الجاريه ففلس جاز لصاحبها انتزاعها وبيعها ولو طالب بثمنها جاز بيعها
في ثمن رقبتها دون ولدها وجه جواز انتزاعها ظاهر فانها عين ماله والاستيلاد المتجدد لها لا يمنع
رجوعه اذ يجوز بيعها في ثمنها حينئذ واخذها بمنزلته ولو اختار الضرب بالثمن جاز بيعها فيه ايضا
لما قلنا ٥ واما الولد فهو حر على كل حال لانه ولد من سيدها حاله ملكه لها فلا سبيل لاحد عليه
واذا جني عليه خطأ تعلق حق الغرماء بالدية وفي حكمه الجناية على عبده ومورثه ولا يصح العفو منه هنا
لانه تصرف في المال وهو ممنوع وان كان عمدا كان بالخيار بين القصاص وبين اخذ الديه ان بذلت له
ولا يجبر عليه بين الدية لانها اكتساب وهو غير واجب لما كان الواجب في العمد بالاصالة هو القصاص
والمال انما يلزمه بالتراضي كان التخيير للمجني عليه مع بذل الجاني المال بين القصاص لانه حقه وبين اخذ المال
وبين العفو ولا يجبر عليه اخذ المال لو بذل عملا بالاصل ولانه اكتساب للمال وهو غير لازم له الآن
كما لا يلزمه قبول الهبة فان اقتص فلا كلام وان رضي بالمال او بذله الجاني تعلق به حق الغرماء وان عفا
مطلقا سقط حقه منها نعم لو كان له دار او دابة وجب ان يواجرها وكذا لو كانت له مملوكة ولو
كانت ام ولد مما يستثنى للمديون مطلقا داره ودابته ومملوكه المحتاج اليه منها وهذه الثلثة لا تباع
ولا تواجر وما ذكره المصنف يحمل على احد امرين اما الحاجة كون هذه الاشياء له على وجه لا يمكن بيعه بان
يكون موقوفه وهي زائدة على ما استثني واما على مواجرتها زمن الحجر الى اوان البيع واما ام الولد فلا تباع
مطلقا اذا لم يكن عين مال احد من الغرماء فيمكن الحكم بمواجرتها اذا كانت فاضلة عن خدمته ولو كانت خدمته
تحصل بها فالظاهر الاكتفاء لها عن مملوكة اخرى لصدق المملوكية عليها وان تشبثت بالحرية فيباع
ما سواها مع احتمال عدمه وضمير يواجرها المستتر يعود الى المالك بدلالة السياق ولكن يجب تقييده
باذن الحاكم ويمكن ان يعود اليه واذا شهد للمفلس شاهد بمال فان حلف استحق وان امتنع هل يحلف
الغرماء قيل لا

نعم
الى
الغرماء قيل لا وهو الوجه وربما قيل بالجواز لان في اليمين اثبات حق الغرماء القول بالمنع للشيخ والاكثر وهو الاقوى
لان المال للمفلس الآن بنفسه الغرماء وان تعلق حقهم به والحلف لاثبات مال الغير غير مسموع والقول بالجواز لابن الجنيد
بناء على عود النفع اليهم ويستحقون المطالبة وهو ضعيف اذ لم يخرج بذلك عن كونه مال المفلس وفي حلفهم
اشكال من وجه آخر وهو ان كل واحد منهم ان حلف على مجموع المال كان حلفا لاثبات مال الغير وهو باقي الغرماء
وهو ممتنع ايضا زيادة على ما تقدم وان حلف على بعضه وهو القدر الذي يصيبه بالتقسيط لم يثبت له اجمع
بل بعضه لانه مال المفلس فلا يسلم ثبوت جميع المال بهذا الحلف والاعتذار عن حلفه على المجموع بانه انما
يثبت به استحقاقه لا يدفع ما ذكرناه لانه يتضمن اثبات مال الغير ايضا واذا مات المفلس حل
ما عليه ولا يحل ما له وفيه رواية اخرى مهجورة اما الاول فموضع وفاق واما الثاني فالمشهور بقاؤه بحاله
لاصالة البقاء وانتفاء الدليل والفرق تحقق الضرر في الاول على المالك ان تصرف الوارث وعلى الوارث ان منع
منه الى ان يحل بخلاف موت من له الدين والرواية المذكورة بخلافه رواها ابو بصير عن الصادق عليه السلم
قال اذا مات الميت حل ماله وما عليه من الديون وعمل بها الشيخ في النهاية وتبعه جماعة والرواية
مرسلة والاصح الاول وينظر المعسر ولا يجوز الزامه ولا مواجرته وفيه رواية اخرى مطرحة
هذا هو المشهور وعليه العمل ويدل عليه ظاهر قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة واطلق
جماعة من اصحابنا بانه لا يجب عليه الاكتساب ايضا ولا قبول الهبة ولا الوصية ونحوها ولو قيل بوجوب ولا الصدقه
ما يليق بحاله كان حسنا والرواية بجواز مواجرته رواها السكوني عن الصادق عن ابيه ان عليا عليه السلم
كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال اعطى الغرماء وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول
لهم اصنعوا به ما شئتم ان شئتم واجروه وان شئتم استعملوه وعمل بها ابن حمزة ومال اليه فاجروه
في المختلف واختاره الشهيد رحمه الله يستحب احضار كل متاع في سوقه لتتوفر الرغبة انما يستحب
الاحضار اذ اوثق بانتفاء الزيادة لو بيع في غير سوقه والا فالاولى الوجوب لان بيعه فيه اكثر لطلابه
واضبط لقيمته ولكن اطلق الجماعة الاستحباب وحضور الغرماء تعرضا للزيادة استحباب

عنه لانه مناسب اذ لا خصوصية لهم فى الشرا ويمكن وجوبه مع رجا الزيادة بحضورهم وكذا يستحب حضور
المفلس او وكيله فانه اخبر بقيمة متاعه واعرف بجيده من غيره فيتكلم عليه ويخبر بقدره ويعرف المعيب من غيره
وربما كان اكثر رغبة فيه وابعد من التهمة واطيب لنفس المفلس   وان يبدا ببيع ما يخشى تلفه جعل هذا
من المستحب ليس بواضح بل الاجود وجوبه لئلا يضيع على المفلس وعلى الغرماء ولوجوب الاحتياط على الامناء والوكلا
فى اموال مستامنيهم فهنا اولى لان ولاية الحاكم قهرية فهى ابعد عن مسامحة المالك وبحث بما يخاف عليه الفساد
عاجلا كالفاكهة ثم بالحيوان ثم بسائر المنقولات ثم بالعقارات هذا هو الغالب وقد يعرض لبعض ما يستحق التاخر
التقدم بوجه   وبعده بالرهن لانفراد المرتهن به   ولانه ربما زادت قيمته عن الدين فيضم الباقى الى مال المفلس
وربما نقصت فيضرب المرتهن بباقى دينه مع الغرماء وفى حكم الرهن العبد الجانى لتعلق حق المجنى عليه برقبته
واختصاصه وربما فضل منه فضله كالرهن ويفارقه بانه لو قصرت عنها لم يستحق المجنى عليه الزائد لان حقه لم يتعلق
بالذمة بل بالعين بخلاف الرهن فانه يتعلق بهما وهذا التقديم مناسب الا مستحبا لان الغرض منه معرفة الزائد
والناقص وهو يحصل قبل القسمة وفى التذكرة قدمه على بيع المخوف وما هنا اولى   وان يعول على مناد رضى
به الغرماء والمفلس دفعا للتهمة وان تعاسروا عين الحاكم هذا الحكم ينبغى ان يكون على سبيل الوجوب لان الحق فى ذلك
لهم لكونه مال المفلس ومصروفا الى الغرماء ويمكن مع ذلك الاستحباب لان الحاكم بحجره على المفلس اسقط اعتباره
وكان كوكيله وحق الغرماء الاستيفاء من القيمة وهى حاصلة بنظر الحاكم والحاصل انه يعرض اليهم التعيين
فان اتفقوا عليه والا عين هو هذا اذا كان معين كل واحد متطوعا او باجرة متحدة والا قدم المتبرع
واقل الاجرة مع صلاحيته لذلك وهذا فى الحقيقة لا يخرج عن تعيين الحاكم   واذا لم يوجد
من يتبرع بالبيع ولا بذلت الاجرة من بيت المال وجب اجرتها من المفلس   مقتضى العبارة جواز
بذلها من بيت المال وبه صرح فى التذكرة لانه معد للمصالح وهذا من جملتها ومعنى قوله ولا بذلت
ام اذا لم
من بيت المال ~~لانه اشد~~ ما يكن فى بيت المال سعة اما لعدمه او للاحتياج الى صرفه الى ما هو اهم
من ذلك جاز اخذها من مال المفلس لان البيع حق عليه وفى القواعد اطلق ان الاجرة على المفلس وما هنا
اجود

اجود   ولا يجوز تسليم مال المفلس الا مع قبض الثمن وان تعاسر تقابضا معا   هذا الحكم واضح فان مال الغير
يجب الاحتياط فيه كذلك وهل الحق فى ذلك منحصر فى المفلس والغرما فيجوز مع رضاهم بحمله لان الحق الان منحصر
فيهم وعدمه لجواز ظهور غريم آخر يتعلق دينه بالمال وهو اجود   ولو اقتضت المصلحة تاخير القسمة قيل يجعل
فى ذمة ملى احتياطا والا جعل وديعة لانه موضع ضرورة   انما كان ذلك احتياطا لان الغرض مضمون على
المقترض بخلاف الوديعة فانها امانة لا يؤمن تلفها واعتبر فى التذكرة فى المقترض مع الملاءة الامانة وهو حسن
وقوله والا اى وان لم يوجد مقترض ملى جعل وديعة ولتكن المستودع عدلا وينبغى مراعاة من يرتضيه الغرماء
الحكم م
والمفلس ومع الاختلاف تعين الحاكم ونسبه المص الى القيل يشعر بتوقفه فيه   ووجه التوقف ان غرض الحاكم
فى الاموال التى يليها انما هو الاستيداع كما فى اموال اليتامى وغيرهم ممن امره احوط من مال المفلس فينبغى ان يكون الاقتصار
على الوديعة وان امكن القرض وبه قطع فى التذكرة وهو حسن وان كان الاول احوط   ولا يجبر المفلس على بيع داره
التى يسكنها ويباع منها ما يفضل عن حاجته وكذا امته التى تخدمه   يعتبر فى الدار كونها لائقة بحاله كما وكيفا
فلو زادت فى احدهما وجب الاستبدال بما يليق به او بيع الفاضل ان امكن افراده بالبيع وفى الامة الحاجة الى
خدمتها او الاهلية لها بحسب حاله ومثلها العبد وفى حكمها دابة ركوبه ولو احتاج الى التعدد استثنى كالمتحد
وكذا يستثنى له دست ثوب يليق بحاله شتاء وصيفا   قال فى التذكرة والاولى اعتبار ما يليق بحاله
من الثياب م
فى افلاسه لا فى حال ثروته ويترك لعياله ما يترك له قال ولا يترك له الفرش والبسط بل يسامح باللبد
والحصير القليل القيمة ولا فرق فى المستثنيات بين كونها عين مال بعوض الغرما وعدمه عندنا
ولو باع الحاكم او امينه مال المفلس ثم طلب بزيادة لم يفسخ العقد ولو التمس من المشترى الفسخ لم يجب عليه
الاجابة لكن يستحب   لا ريب فى استحباب الاجابة الى كل ما قاله هنا اولى لكن لا يجب لانه صار حقه
هذا اذا لم يكن البيع بخيار للبائع والا جاز الفسخ وفى وجوبه نظر اقربه ذلك وان كان قد بيع بثمن المثل
للقدرة على تحصيل الزيادة بالفسخ فيكون كما لو طلب بزيادة عن ثمن المثل قبل البيع   ويجرى عليه نفقته
ونفقة من يجب عليه نفقته وكسوته ويتبع فى ذلك عادة امثاله الى يوم قسمة ماله فيعطى هو وعياله
نفقة ذلك اليوم الظاهر ان المراد بعادة امثاله من هو فى مثل شرفه وضعته وباقى اوصافه بحسب ما هو عليه

الا ان وتومات بعض من ينفق عليه في اثناء الاشهار ففي ايجاع نفسه نفقه نظر من ان النفقه يملك مطلقه
او بشرط استجماع شرائط الاستحقاق زمانها وسيأتي ان شاء الله الكلام فيه ولومات قدم كفنه على حقوق
الغرماء ويقتصر على الواجب ثلثه اثواب ويعتبر فيها الوسط مما يليق به عادة ولا يقتصر على الادون مع احتماله
وبه قطع في البيان ولو اكتفينا بالثوب الواحد في تادي الواجب لزم الاقتصار عليه هنا وكذا يستثنى مؤنة التجهيز
من سدر وكافور وماء وغيرها اذا قسم الحاكم مال المفلس ثم ظهر غريم نقضها وشاركهم الغريم اذا ظهر
غريم بعد القسمة فلا يخلو اما ان يطالب بعين من مال المفلس بان يكون بايعا ومبيعه قائم او يطالب بدين
والاول اما ان يجدها مع بعض الغرماء او مع غيرهم بان يكون الحاكم قد باعها وجعل ثمنها في ماله او يجدها
بايدي الغرماء بالسويه وفيما عدا الصوره الاخيرة لا يتوجه الا نقض القسمة لان العين اذا انتزعت من
احدهم بقي بغير حق ليتبين وفي الاخير والمطالب بدين قولان احدهما وهو الذي جزم به المصنف ان القسمة
تنقض لتبين فسادها من حيث ان جميع الغرماء مستوون في المال وقد وقعت القسمة بغير رضا البعض
فيكون كما لو اقتسم الشركاء ثم ظهر لهم شريك آخر والثاني انها لا تنقض بل يرجع الغريم على كل واحد بحصته
بعضها بالحساب لان كل واحد منهم قد ملك قدر ما هو حصته ما لاقباض الصادر من اهله في محله فلا يجوز البعض
لانه يقتضي ابطال الملك الثابت اما الحصه الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الآخر فانها غير مملوكه
له فتستعاد ويضعف بان الملك كان مبنيا على الظاهر من انحصار الحق فيهم وقد تبين خلافه ولا فرق في
نقض الامر بين سائر غرمائه فان قيل ذلك انما يتم في الشركاء وهنا لا شركه اذ المال للمفلس نعم يستحقون
الاستيفاء فلا يستحق الغريم الآخر سوى الحصه وما عداها لا حق له فيه فيكون صرفه الى الديون معتبرا
قلنا هذه وان لم يجعلها شركه حقيقيه لكن الايفاء ايضا مشروط ببسط المال على نسبة جميع الغرما
غاية ما فيه ان لم يكن ظاهرا سواهم صحت ظاهرا فلما تبين من شاركهم في استيفاء المال لم يصح القسمة
الاولى والغريم المتجدد وان لم يستحق سوى الحصه الا انها مشاعه في جميع المال فيمنعه بغير اذنه كما يصح
فكان القول بالبعض اجود وحينئذ فلا فرق بين الاقسام السابقة كلها وليس هذا الفسخ الطارئ
على هذه القسمة مثل فسخ البيع باحد اسبابه لان ذلك الفسخ يبطل من حينه وظهور هذا الغريم ابطلها
من راس

وكذا يشترط كونه ممن يجب نفقته عليه قبل الافلاس ويقتصر على الادون

الايفاء

بعد

من راس ويظهر فائدة القولين في النماء المتجدد قبل القسمة فعلى النقض يشارك المتجدد فيه دون الآخر وفيما لو تصرف واحد
في مقدار نصيبه فعلى النقض يتبين بطلانه دون الآخر وفي وجوب الزكوة لو بلغ نصيبه نصابا واجتمعت الشروط فعلى
النقض يتبين سقوطها وعلى الآخر يجب الى غير ذلك من الفوائد واذا كانت عليه ديون حاله ومؤجله قسمت امواله على
الحاله خاصة اي مؤجله عند القسمه فانها لا يقسم عليها اما لو كانت مؤجله عند الحجر وحلت عند القسمه شاركه وان كان
الحجر في ابتدائه لاجل الحاله ولو حل بعد قسمة البعض شارك في الباقي وضرب بجميع المال وضرب باقي الغرماء ببقية
ديونهم اذا جنى عبد المفلس كان المجني عليه اولى به ولو اراد مولاه فكه كان للغرماء منعه وقد تقدم ان
المجني عليه احق بالعبد الجاني من الغرماء ومن المرتهن وانما منع المولى من فكه مع عدم المصلحه في فكه فلو فرضت
بان كان كسوبا بثمن مالا الى حين القسمة وقيمته ناقصه فله فكه لمصلحته ولو كان الجاني المفلس كان غريمه اسوة الغرماء
والفرق بين جنايته وجناية عبده واضح فان المجني عليه في صورة العبد يتعلق حقه بعين العبد وهنا يتعلق بذمة
الجاني فكان كغيره من الغرماء وقد يتوهم وجه مشاركته لهم مع تأخر سببه عن الحجر لا يجوز حبس الغريم مع ظهور
اعساره عدل عن الضمير المذكور في العنوان العائد الى المفلس الى الاسم الظاهر وهو الغريم للتنبيه على ان هذا الحكم
لا يختص بالمفلس بل يأتي في المديون المعسر وانما حسن العدول لو اشترطنا في صدق التفليس الحجر والا فالمديون المعسر مفلس
ايضا ويثبت ذلك بموافقة الغريم انما يثبت بموافقة الغريم في حق الموافق خاصه فلو تعدد الغرما ووافق
بعضهم دون بعض فللمخالف البحث الا ان يكون الموافق متعددا عدلا فيثبت مطلقا او قيام البينه
به بناء على حلاف بعض العامه حيث جعل قيام البينه بالاعسار غير نافع من حبسه مدة يغلب على ظن الحاكم
انه لو كان له مال لظهر وسيأتي الكلام على شرائط البينه وكيفية شهادتها فان تناكرا وكان له مال
ظاهر امره بالتسليم وان امتنع فالحاكم بالخيار بين حبسه حتى يوفي وبين بيع امواله وقسمتها بين غرمائه
اي لو تناكر الغريم والمديون في الاعسار بان ادعاه المديون وانكره الغريم ومع ذلك يتفرع ظهور المال عليه
منافرة والحاصل انه مع عدم انتفاء المديون دينه وظهور ماله يأمره الحاكم بالوفا فان امتنع منه تخير بين حبسه
واهانته الى ان يوفي وبين ان يوفي بنفسه فان كان ماله من جنس الحق صرفه فيه وان كان مخالفا باعه

[illegible]

عنه واوفاه ويحل لصاحب الدين الاغلاظ له في القول بان يقول له يا ظالم ونحوه قال صلى الله عليه وآله
لي الواجد يحل عقوبته وعرضه واللي المطل والعقوبة الحبس والعرض الاغلاظ له في القول فان اصر على ذلك جاز
للحاكم جبره ولو لم يكن له مال ظاهر وادعى الاعسار فان وجد البينة قضى بها وان عدمها وكان له اصل مال صح
او كان اصل الدعوى مالا حبس حتى يثبت اعساره المراد انه كان له قبل الآن مال وادعى الآن تلفه والمراد بكون
اصل الدعوى مالا ان غريمه الذي يداينه دينه دفع اليه في معاملة مالا بان باعه سلعة وهو يطالب بثمنها
او اقرضه مالا ونحو ذلك والمديون يدعي تلفه او ينكر وصوله اليه مع قيام البينة به فانه يحبس حينئذ حتى
يثبت اعساره لان الاصل بقاء ذلك المال في يده وظاهر اعساره لكن انه مع ذلك يحبس بمجرد ثبوت الدين
وامتناعه من ادائه وفي التذكرة اذا لم يكن له بينة بذلك يحلف الغرماء على عدم التلف فاذا حلفوا حبس
اذا شهدت البينة بتلف امواله قضي بها ولم يكلف اليمين ولو لم يكن البينة مطلعة على باطن امره اما
لو شهدت بالاعسار مطلقا لم تقبل حتى يكون مطلعة على امره بالصحبة المؤكدة اذا شهدت البينة للمديون بالاعسار
فاما ان يكون مستند شهادتها علمها بتلف ماله او اطلاعها على حاله فان كان الاول بان شهد الشاهدان على تلف
امواله قبلت وان لم يكن مطلعة على باطن امره لان الشهادة بذلك على الاثبات المحض وثبوت تلف ماله يحصل بثبوت
العوض من فقره وان شهدت باعساره مطلقا اي من غير تعرض لتلف امواله فلا بد في ذلك من كون الشاهدين لهما
صحبة مؤكدة مع المشهود له ومعاشرة كثيرة بحيث يطلعان بها على باطن امره غالبا فان الاموال قد تخفى ولا يعرف
تفصيلها الا باشال ذلك وانما اعتبرنا هنا ذلك دون ما لو شهد بتلف ماله لان مرجع هذه الشهادة الى الشهادة
على النفي فان معنى اعساره انه لا مال له ومن حق الشهادة على النفي ان لا تقبل حتى ذهب بعض العامة الى
عدم قبولها هنا لذلك وانما قبلت عندنا وعند اكثر من خالفنا لضبطها على وجه يلحقها بالاثبات بان يكون من
اهل الخبرة بحاله لكثرة خلطته وطول مجاورته حتى اطلعت على باطن امره وشهدت مع ذلك باثبات يتضمن تتضمن
النفي لا على النفي الصرف بان يقول انه معسر لا يملك الا قوت يومه وثياب بدنه ونحو ذلك فاذا لم يكن مطلعة
على الوجه المذكور جاز ان يستند في اعساره الى ظاهر حاله ومع ذلك فللغرماء احلافه كما ذكره المص والجماعة لان
الاحتمال

الاحتمال لانه وان لم يعلم له اساسا ولا صراحة فيها بتلف الاموال فينجبر باليمين بخلاف بينة الاثبات فانه لا يكلف باليمين
كما قطع به المصنف وتبعه عليه العلامة في غير التذكرة اما فيها فعكس الحكم واثبت عليه اليمين في بينة التلف دون
بينة الاعسار محتجا بان البينة اذا شهدت بالتلف كان كمن ثبت له اصل مال واعترف الغريم بتلفه وادعى
مالا غيره فانه يلزمه اليمين ونفى في موضع آخر منها بانه لا يمين في الموضعين محتجا بان فيه تكذيبا للشهود ولقوله
صلى الله عليه وآله البينة على المدعي واليمين على المنكر والتفصيل قاطع للشركة هذا خلاصة ما ذكروه من الحكم
وعلله وما تقرر من الفرق بين الموضعين واقول ان تحصيل الحكم في ذلك لا يخلو من اشكال فالفرق لا يخلو من
نظر وذلك لان تلف شهود ماله اما ان يكون شهادتهم على تلف المال الظاهر لهم من غير معرفتهم بحال باطن
امره بحيث يحتمل ان يكون له مال آخر لم يتلف كما هو الظاهر من قول الجماعة وتعليلهم المسألة وتصريحهم
بعدم اعتبار كونهم من اهل الخبرة بحاله ويشكل مع هذا ثبوت اعساره لان حاله بالنسبة الى المال باطنا
مجهول مطلقا حتى لو فرضنا ان هذا المال الظاهر لم يكن له لم يناف ثبوت ما بينه باطنا والحال انهم
لم يعتبروا ان اراد وابعدم اعتبار اطلاعهم على باطن امره ان الحاكم لا يعتبر اطلاعه على ذلك مع ان اطلاعهم
معتبر في نفس الامر اتكالا على عدالتهما وان العدل لا يجازف في شهادته كما صرح بهذا المعنى بعض الاصحاب
اشكل الفرق بين الامرين لان ذلك آت في الشهادة على مطلق الاعسار ويحولها نحو الاثبات لئلا يمحض
النفي غير موقوف على هذا الشرط فان مرجعه الى الحكم بشهادتهم لا الى علمنا باخبارهم وحكم اليمين يتفرع
على ما قررناه فان اكتفينا في بينة التلف بالاطلاع على ظاهر ماله فلا بد من القول باليمين لانه يصير بهذه
البينة كمن لم يعلم له اصل مال مع احتماله ويتوجه عدم الافتقار الى اليمين في بينة الاعسار المطلعة
على الحال لان ذلك اقصى ما يمكن اعتباره شرعا في التفحص فلا يكلف مع البينة امرا آخر لاصالة البراءة ولظاهر
الخبر وان اعتبرنا اطلاع بينة التلف على باطن امره كما ذكره بعضهم توجه عدم اعتبار اليمين معها لما ذكرناه اعتبارهم
ويمكن ان يوجه كلام الجماعة الدال على عدم الخبرة الباطنة في شهادة التلف لا بالنظر الى الحاكم ولا بالنظر
الى الشهود بان هذا المديون لما كان يعرف له اصل مال ولو كون الدعوى كذلك فلا بد لهذا المال الثابت
ظاهرا من امر يدفعه فاذا شهدوا بتلف امواله التي يطلعون عليها فقد علم الانتقال عن ذلك الاصل الثابت في المال
وان امكن بقاء بعضه الا انه غير معلوم والتكليف انما هو بالظاهر بخلاف ما اذا شهدوا باعساره فان
المراد انهم لم يطلعوا على ماله وهذا لا يدفع ذلك الاصل الذي هو بقاء المال السابق بوجه فلا بد فيه مع

بمسئله

ذكر من الخبرة الباطنة والعشرة المتاكرة لتحصيله الظن بتلف ذلك المال وانما يحصل بذلك فظهر الفرق بين الحالين
وتوجيهه ايضا تثبت اليمين في الاول دون الثاني فان الاول لا يدفع المال الباطني يقينا ولا ظنا لعدم الاطلاع عليه
بخلاف الثاني لان كثرة ملابسته ومجاورته والاطلاع على الصبر على ما لا يصبر عليه من يكون بيده مال عادة يفيد الظن الغالب
بعدم المال فلا يجتمع ذلك انضمام اليمين الى البينة نعم لو ادعى الغريم وجود مال مخصوص للمديون واعترف بعدم علم
الشهود بتلفه لم يجب اليمين في الاول ايضا ولم يعتبر اطلاع الشهود على باطن امره الا ان هذه مادة خاصة فالمسئلة
اعم منها والظاهر من عبارة الاصحاب وغيرهم في هذه المسئلة هو ما وجهناه اخيرا من ان شهود التلف لا يعتبر اطلاعهم
على حاله في اعسره ولا عند الحاكم بخلاف شهود الاعسار ووجه ما بيناه لكن المحقق الشيخ على قرر كلامهم على ما
نقلناه من الوجه وهو ان المراد عدم علم الحاكم باطلاعهم مع اشتراطه في نفس الامر فحصل الالتباس في الفرق على
تقريره وبقي اليمين في الاول واثباتها في الثاني على تقريرهم فان الاطلاع على باطن امره ان كان معتبرا فيهما
فاما ان يقال باشتراط علم الحاكم به ايضا فيهما او بعدمه فيهما اتكالا على العدالة فالفرق ليس بجيد اذ لم يطلعوا
على باطن امره في التلف على ما ذكروه يكون اثبات اليمين فيه اوجه من الاخر كما ذكره في التذكرة دون
العكس لان الخبرة الباطنة افادت ظنا قويا مضافا الى البينة بعدم المال ومختار التذكرة في اثبات اليمين
في الاول دون الثاني اجود واعلم ان الخبرة المعتبرة في شهود الاعسار ان اطلع الحاكم عليها فلا كلام والا
ففي الاكتفاء بقولهم له انهم لهذه الصفة وجه قوي وقطع به في التذكرة وقد عرفت انه يعتبر كونها على
الاثبات المتضمن للنفي لان الشهادة على النفي الصرف غير مسموعة لانه غير محصور وهو آت في جميع الشهادات
التي على هذا النهج وقد يقدم منها الشهادة على عدم اخراج المالك الزكوة ومنها الشهادة على نفي البيع او
القرض ونحوهما من العقود فانه لا يكفي قولهم ما باعه كذا او ما اقرضه ونحو ذلك بل لا بد من حصره على
وجه مضبوط بان يدعي الخصم انه باعه يوم كذا عند الزوال في موضع كذا فيشهد الشاهدان انه ما باعه
في ذلك الوقت لانه في مكان آخر او في كلام آخر ونحو ذلك وكما لو ادعى عليه قتلا في وقت معين فيشهد الشاهدان
انه كان في ذلك الوقت ساكن الاعضاء او في مكان آخر بعيد عن المقتول ونحو ذلك وكما لو ادعى المولى عليه
بعد زوال الولاية ان الولي باع على غير المصلحة فلا يكفي شهادة الشاهدين بذلك لعدم الحصر في
هذا النفي بل لا بد من بيانه على وجه محصور بان يدعي الولي حاجة الى النفقة فيشهد الشاهدان
بغناه او بسبب كذا او يدعي الولي خوف التلف عليه من وجه فيشهد الشاهدان بانتفاء ذلك الوجه

الخاص

الخاص بوجه مضبوط ونحو ذلك مما لا ينحصر والمرجع فيه الى اعتبار انضباط النفي وحصره بالاعتبارات الثبوتية
وان لم يعلم له اصل مال وادعى الاعسار قبلت دعواه ولا يكلف البينة وللغرماء مطالبته باليمين المراد هنا
باصل المال ما يشمل كون الدعوى مالا ليستتم الحكم بقبول قوله فلا يكون بمعنى الاصل السابق في قسيمه بل اعم منه والحاصل
انه متى لم يعرف له مال قديم ولا كان اصل الدعوى مالا بان كان مالها اجرة عملا وعوض اتلاف او ارش جناية
ونحو ذلك قبل قول المديون في عدم المال بغير بينة لانه منكر له والاصل عدمه خلافا لبعض العامة حيث
منع من قبوله الا بالبينة كالسابق بناء على ان الظاهر من حال الحر انه يملك شيئا قل ام كثر واذا ثبت
المال من الغرماء وجب اطلاقه اي اطلاقه من الحبس ان كان محبوسا ولا يحصر ذلك بالمعلس كاكثر الاحكام
السابقة واما الاطلاق المحوي من الحجر بمعنى فك حجره فسيأتي الكلام عليه وهل يحوز الحجر بمجرد الاداء
او يفتقر الى حكم الحاكم الاولى انه يزول بالاداء لزوال السبب ضمير عنه يعود الى المفلس المحوي عليه وفيه تشويش
للضمائر كما قد عرفت والاولى ان لا يعود الضمير الى المحدث عنه سابقا بل الى المفلس المدلول عليه بالمقام
المعقود له الباب فان دخول غيره بالعرض وما رجحه المصنف هو الاقوى لان الحجر عليه انما كان لحق
الغرماء ليقتسموا امواله الموجودة وقد حصل ووجه توقفه على حكم الحاكم انه لم يثبت الا باثباته
فلا يرتفع الا برفعه كالسفه ولانه حجر يحتاج الى النظر والاجتهاد كحجر السفيه والملازمة ممنوعة
لما بيناه من زوال المعنى المقتضي له بخلاف السفه فانه لا يعلم زواله الا بالاختبار المستند الى الحاكم
هذا كله مع اعتراف الغرماء بانه لا مال له سواه او عدم تعرضهم او بعضهم لغيره فلو ادعوا او بعضهم
عليه مالا آخر ففيه التفصيل السابق والله الموفق كتاب الحجر الحجر هو المنع
والمحجور شرعا هو الممنوع من التصرف في ماله ذكر المصنف للحجر تعريفين لغوي وعرفي ففي اللغة هو المنع
ومنه سمي الحرام حجرا لما فيه من المنع قال الله تعالى ويقولون حجرا محجورا اي حراما محرما ويسمى العقل
حجرا لانه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح وما تضر عاقبته قال الله تعالى هل في ذلك قسم
لذي حجر وعرفه شرعا بانه الممنوع من التصرف في ماله والمراد مطلق التصرف فاعم من كونه في جميع
المال او بعضه فيشمل الحجر على الصبي ونحوه ممن يمنع من الجميع والحجر على المريض الذي يمنع من التصرف في

بعض المال فلا يرد ما قيل انه ان اراد التصرف في الجميع ورد كذا وفي البعض ورد كذا فان التصرف في العباره
جنس يصلح للجميع والبعض ومثله القول في ماله فانه مفرد مضاف لا يدل على العموم ولكن يصلح له لو اريد ويشمل
من منع التصرف في جميعه كالصبي وفي بعضه كالمريض ومذهب المصنف ان العبد يملك وان كان
محجورا عليه كما سلف في البيع وحينئذ فيدخل في التعريف وانما يرد النقض به على قول من لا يقول بملكه وبما
قررناه يسقط ما اورد عليه ايضا من انه ان اراد جميع المال خرج المريض وان اراد بعضه خرج الصبي والمجنون
وان العبد خارج لانه لا يملك شيئا وكذلك ظهر جواب ما قيل من ان احدا لا يمنع من التصرف في ماله بالاكل
والشرب ونحوهما من الامور الضرورية فانه ليس في التعريف ما يدل على التعميم والتخصيص بل هو يصدق
عليه المنع من التصرف في ماله على اي وجه كان فهو محجور عليه نعم ربما ينتقض في طرده بالممنوع عن التصرف
فيه لغصب ونحوه فانه لا يسمى محجورا عليه شرعا فلو اضاف اليه ما يدل على المنع الشرعي كان حسنا
واعلم انه عرف المفلس بهذا التعريف مع انه اخص منه فقد يجوز تشريكهما فيه
الاول في موجباته وهي ستة حصر اسبابه في الستة المذكورة جعلي لا استقرائي ولا ما
سواه وقد جرت عادة الفقهاء بالبحث عن هذه الستة وعقد ابواب لها وبقي اقسام كثيرة سواها
منها ولها التعريف ولا يذكر هنا كالحجر على الراهن وعلى المشتري فيما اشتراه قبل دفع الثمن وعلى
البايع في الثمن المعين وعلى المكاتب في كسبه لغير الاداء والنفقة وعلى المرتد الذي يسوغ عوده وغير
ذلك مما هو مذكور في تضاعيف الفقه ويرجع الصور الى قسمين من يحجر عليه لحق نفسه ومن يحجر عليه لحق
غيره فالاول الصبي والمجنون والسفيه والثاني الباقي ثم الحجر اما عام في سائر التصرفات او خاص ببعضها
فالاول اما ان يكون ذا غاية من قبل سببه نهايا اولا والاول الصغر والسفه والثاني اما ان يكون موقوفا ‎«التصغير والثاني المجنون والخاص اما ان يكون الحجر عليه مقصورا على مقدار الحجر او لا والاول»‏
على حكم الحاكم اولا والاول الفلس والثاني المرض وباقي الاشياء تعرف بالمقايسة ويعلم بلوغه
بانبات الشعر الخشن على العانه احترز بالشعر الخشن عن الشعر الضعيف الذي ينبت قبل
الخشن ثم يزول ويعبر عنه بالزغب وبشعر العانه عن غيره كشعر الابط والشارب واللحيه
ولا عبرة بها وان كان الاغلب تاخرها عن البلوغ اذ لم يثبت كون ذلك دليلا شرعا خلافا لبعض العامه ‎«عندنا»‏
واستقرب في التحرير كون نبات اللحيه دليلا دون غيره من الشعور والعادة قاضية به ولا شبهة
في كون شعر

في كون شعر العانه علامه على البلوغ وانما الكلام في كونه نفسه بلوغا او دليلا على سبق البلوغ والمشهور الثاني
لتعليق الاحكام في الكتاب والسنة على الحلم والاحتلام فلو كان الانبات بلوغا بنفسه لم يحصر غيره من ذلك ولان
البلوغ غير مكتسب والانبات قد يكتسب بالدواء ولحصوله على التدريج والبلوغ لا يكون كذلك ووجه الاول
ترتب احكام البلوغ عليه وهو اعم من المدعى سواء كان مسلما او كافرا نبه بذلك على خلاف بعض العامه
حيث خصه بالكافر نظرا الى انه لا يمكن الرجوع اليهم في الاخبار بالسن والاحتلام بخلاف المسلم وربما نسب
هذا القول الى الشيخ او خروج المني الذي يكون منه الولد من الموضع المعتاد كيف كان اشتملت هذه
الجمله على ثلثه احكام تخصيص المني الموجب للبلوغ وتعميمه احدها كونه ما يكون منه الولد وظاهر العباره
ان المني ينقسم قسمين ما يكون منه الولد وما لا يكون وان البلوغ لا يتحقق الا بالاول وقد فهم هذا المعنى جماعه
وفي حاشية الشهيد رحمه الله على القواعد نقلا عن بعض العلماء يعلم المني الذي منه الولد مما ليس منه
بان يوضع في الماء فان طفا فليس منه الولد وان رسب فمنه الولد والظاهر ان هذا المعنى فاسد بل المعتبر ‎«بخصيصه»‏
في البلوغ خروج المني مطلقا سواء صلح لتخلق الولد ام لا لاطلاق النصوص الداله على ذلك المعتاد وله المحل
النزاع والوجه في هذه الصفه انها كاشفة لا مقيدة والمراد ان المني هو الذي من شانه ان يخلق منه
الولد وان تخلف في بعض الافراد لعارض وفي بعض العبارات منها التذكرة خروج الماء الذي منه الولد
وهو جيد والصفة فيه مقيدة فان الماء شامل فعدل المص وتبعه العلامه الى المني ووصفه بذلك
ولا بد فيها ايضا من اراده المعنى الذي ذكرناه من كون المراد ما من شانه ذلك لئلا يفهم منه اشتراط كونه ‎«بالفعل وثانيها كونه»‏
من الموضع المعتاد وانما اعتبر ذلك مع اطلاق الادله لوجوب حمل كلام الشارع على ما هو المعهود المتعارف خصوصا
وفي بعضها بلوغ النكاح وانما يكون من المعتاد فلو خرج من جرح ونحوه لم يعتد به ومنه ما لو خرج
من احد فرجي الخنثى وثالثها انه لا يختص بحال بل كيف خرج ليلا ونهارا بيقظة ونوما بجماع وغيره حكم ‎«الحلم هو خروج المني»‏
به لقوله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم والحلم هو خروج المني من الذكر او قبل المرأة مطلقا ولا يختص
بالاحتلام نعم لا بد من كونه في وقت يحتمل البلوغ فيه فلا عبرة بما ينفصل بصفته قبل ذلك وحده
عندنا في جانب القلة في الانثى تسع سنين واما في جانب الذكر فما وقفت له على حد يعتد به نعم
نقل في التذكرة عن الشافعي انه حده بتسع سنين في الذكر والانثى وله فيه وجهان آخران احدهما مضي

ستة اشهر من السنة العاشرة والثانى بتمام العاشرة ولا يبعد ان ما بعد العاشرة محتمل ويشترك فى هذين
الذكور والاناث هذا عندنا وعند الاكثر موضع وفاق وانما نبه بذلك على خلاف الشافعى فان له قولا بان خروج
المنى من النساء لا يوجب بلوغهن لانه نادر فيهن ساقط العبرة وفساده واضح واما الخنثى فمشاركهما فى
الاول ان نبت على فرجيها معا والا فلا واما خروج المنى منها فسياتى حكمه وبالسن وهو بلوغ خمس عشرة
سنة للذكر والخنثى وفى اخرى اذا بلغ عشرا وكان بصيرا او بلغ خمسة اشبار جازت وصيته واقتص منه
واقيمت عليه الحدود الكاملة المشهور بين اصحابنا بل كاد يكون اجماعا هو الاول والمعتبر من السنين القمرية دون
الشمسية لان ذلك هو المعهود فى شرعنا ويعتبر اكمال السنة الخامسة عشرة والتاسعة فى الانثى فلا يكفى الطعن
فيها عملا بالاستصحاب وفتوى الاصحاب ولان الداخل فى السنة الاخيرة لا يسمى ابن خمس عشرة لغة ولا عرفا
والاكتفاء بالطعن فيها وجه للشافعية واما رواية بلوغ العشر فى جواز الوصية فهى صحيحة وفى معناها
روايات الا انها لا تقتضى البلوغ لجواز اختصاصه بهذا الحكم ومن ثم لم يعم واما بلوغ خمسة اشبار فهو فى
رواية اخرى وان كان المفهوم من العبارة انهما فى واحدة ومعنى قوله اقيمت عليه الحدود الكاملة انه لا ينقص
منها شىء لان الصبى اذا فعل ما يوجب الحد على غيره انما يؤدب بما لا يبلغ الحد ولنا رواية اخرى ان الاحكام تجرى
على الصبيان فى ثلث عشرة سنة واربع عشرة سنة وان لم يحتلم وليس فيها تصريح بالبلوغ مع عدم صحة سندها
وهذه الرواية قدمها المصنف فى النافع ثم عقبها بقوله وفى اخرى اذا بلغ عشرا وهنا عبر بالاخرى من غير سبق
رواية وليس بجيد واما الخنثى فلا نص فيها بالخصوص لكن اصالة عدم التكليف فى البلوغ يقتضى استصحاب
الحال السابق الى ان يعلم المزيل وهو بلوغ الخمس عشرة ولم يحصل بسببه امر آخر كما سياتى والانثى بتسع هذا
هو المشهور وعليه العمل وقد روى انه يحصل بعشر سنين وذهب ابن الجنيد فيما نفهم من كلامه الى ان الحجر
لا يرتفع عنها الا بالتزويج وهما نادران واطبق مخالفونا على خلاف ما ذهبنا اليه فى المراة وعلى ان بلوغها
بالسن لا يكون دون خمس عشرة سنة وانما اختلفوا فيما زاد اما الحمل والحيض فليسا بلوغا فى حق النساء
بل قد يكونان دليلا على سبق البلوغ لا خلاف فى كونهما دليلين على سبق البلوغ كما لا خلاف فى كونهما
بلوغا بانفسهما اما الحيض فقد علق الشارع احكام المكلف عليه فى عدة اخبار كقوله صلى الله عليه وآله
لا تقبل صلوة حايض الا بخمار وقوله صلى الله عليه وآله اذا بلغت المحيض لا يصلح ان يرى منها الا هذا
واشار الى الوجه والكفين واما الحمل فهو مسبوق بالانزال لان الولد لا يخلق الا من ماء الرجل وماء
المراة كما نبه

يحتلم

المراة كما نبه عليه بقوله تعالى من نطفة امشاج اى مختلط ماء الرجل بماء المراة فهو دليل على سبق البلوغ الا ان الولد لا يتيقن
الا بالوضع فاذا وضعت حكمنا بالبلوغ قبل الوضع بستة اشهر وشىء ان ولدته تاما ولا فرق بين كون ما ولدته تاما وغير تام اذا
علم انه آدمى او مبدا نشوه كالعلقة اذا تقرر ذلك فقول المص بل قد يكونان دليلا ليس لترديده فى دلالتهما لانها اجماعية وانما الى
بقد التقليلية لانهما مسبوقان غالبا بغيرهما من العلامات خصوصا السن ودلالتهما على البلوغ بحيث يتوقف عليه عليهما نادر
فناسبه التقليل ويمكن ان يكون التقليل فى الحيض اشارة الى فائدة اخرى هى انه وغيره حكموا فى باب الحيض بان الدم الحاصل من الاصحاب
قبل التسع لا يكون حيضا وان كان بصفته وانما يعتبر فى الحكم به ما كان بعدها واذا كان كذلك فمتى فائدته دلالته لانه
قبلها لا اعتبار به وبعدها لا يعتبر اليه ويمكن ان يقال يظهر فائدته فى المجهول سنها فانها اذا رات ما هو بصفته جامعا
لشرايطه فى القلة والكثرة يحكم بكونه حيضا ويكون دليلا على سبق البلوغ لان هذا الحكم بكونه مثل التسع مع اقترانه
بدلالة الغالب على ان مثله لا يقع الا بعد التسع سنين ويتناوله دلالة النصوص على كون الحيض موجبا للاحكام لانه
حيض لغة وعرفا وحسنئذ فيظهر مناسبة قد التقليلية هنا ومعنى دلالتهما على سبقه انهما اذا وقعا يحكم ببلوغ المراة
قبلهما فلو اوقعت عقدا قبلهما بلا فصل يحكم بصحته الخنثى المشكل اذا خرج منيه من الفرجين حكم ببلوغه وان
خرج من احدهما لم يحكم ولو حاض من فرج الاناث وامنى من فرج الذكر حكم ببلوغه لما كان الخنثى المشكل منحصرا
فى الذكورية والانوثية وانما اشتبه حكمه فى الالحاق باحدهما فمتى حصل له وصف من اوصاف البلوغ يتحقق فيهما
اما لاشتراكه بينهما كالانبات او لالحاق الاخر بطريق اولى كبلوغ خمس عشرة او لكونه جامعا للوصفين على التقديرين
كالو امنى من الفرجين يحكم ببلوغه لانه ان كان ذكرا فقد امنى من فرجه المعتاد وان كان انثى فكذلك ومثله
ما لو امنى من فرج الذكر بعد مضى تسع وامكان الامناء من الذكر لانه ان كان انثى فقد بلغ بالسن وان كان ذكرا
فقد امنى وقت امكانه اما لو امنى من احدهما خاصة فانه لا يحكم ببلوغه لجواز كون ذلك الفرج زائدا فلا يكون
معتادا ومثله ما لو حاض من فرج النساء خاصة هذا هو الذى اختاره اكثر العلماء ولبعض العامة قول بان ذلك
كاف فى البلوغ لان خروج المنى من فرج الذكر يحكم بكونه ذكرا كما يحكم به لو خرج البول منه خاصة وكذا القول فى الحيض
والمنى من فرج الانثى ولان خروج منى الرجل من المراة والحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التعيين وهى ثبت
التعيين كان دليلا على البلوغ ولان خروجهما معا دليل على البلوغ فخروج احدهما اولى لان خروجهما يقتضى الى
تعارضهما واسقاط دلالتهما اذ لا يتصور ان يجتمع حيض صحيح ومنى رجل وبقى فى التذكرة الباس عن هذا القول
وهو فى محله نعم لو صار ذلك معتادا قويت الدلالة واما حيضه من فرج الاناث وامناؤه من فرج الذكور فدلالته

على البلوغ والصحة لانه ان كان ذكرا فقد امنى وان كان انثى فقد حاضت وللعامة قول بعدم ثبوت البلوغ بذلك لتعارض
الخارجين واسقاط كل واحد منهما الآخر وهذا الحكم والحال هذه ما ذكروه والا لو ثبت سقط دلالتهما كالبينتين
اذا تعارضتا وهو وجه في المسئلة وفي التذكرة الاقرب دلالتهما على البلوغ وهو كذلك الرشد وهو
ان يكون مصلحا لماله ليس مطلق الاصلاح موجبا للرشد بل الحق ان الرشد ملكة نفسانية تقتضي اصلاح المال
وتمنع من افساده وصرفه في غير الوجوه اللائقة بافعال العقلاء واحترزنا بالملكة عن مطلق الكيفية فانها ليست
كافية بل لابد فيها من ان تصير ملكة يعسر زوالها وبالاقتضاء اصلاح المال عما لو كان غير مفسد له ولكن لا رغبة له في اصلاحه
على الوجه المعتبر عند العقلاء فان ذلك غير كاف في تحقق الرشد ومن ثم تختبر باعتنائه بالاعمال اللائقة بحاله
كما سيأتي وبمنعه من افساده عما لو كان له ملكة الاصلاح والعمل وجمع المال ولكن يصرفه بعد ذلك في غير الوجه اللائق
بحاله فانه لا يكون رشيدا ايضا وهل يعتبر العدالة فيه تردد اعتبر الشيخ رحمه الله في تحقق الرشد اصلاح
المال والعدالة فلو كان مصلحا لماله غير عدل في دينه او بالعكس لم يرتفع عنه الحجر وهو مذهب جماعة من العامة
منهم الشافعي واحتجوا على ذلك بقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم وقد روي ان شارب الخمر سفيه
فيثبت في غيره اذ لا قائل بالفصل وروي عن ابن عباس في قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا هو ان يبلغ ذا رشد
وحلم وعقل واكثر اهل العلم على عدم اعتبارها والاكتفاء باصلاح المال على الوجه الذي ذكرناه لان المفهوم
من الرشد عرفا ذلك وهو المعتبر حيث لم يحد شرعا ولان الرشد نكرة مثبتة فلا تفيد العموم في كل ما يصلح له
بل يصدق في صورة ما ولا ريب في ثبوته لمصلح ماله وان كان فاسقا ولان الكافر لا يحجر عليه بكفره فالفاسق
اولى وانما يعتبر على القول بها في الابتداء لا في الاستدامة فلو عرض الفسق بعد العدالة قال الشيخ رحمه الله
الاحوط ان يحجر عليه ولم يجعله لازما وعلى هذا يتوجه انها لو كانت شرطا في الابتداء لاعتبرت بعد ذلك
لوجود المقتضي واعلم انه لو اعتبرت العدالة في الرشد لم يتم للمسلمين سوق ولم ينتظم للعالم حال
لان الناس الا النادر منهم اما فاسق او مجهول الحال والجهل بالشرط يقتضي الجهل بالمشروط وكذا لو لم يحصل
الرشد ولو طعن في السن هذا عندنا موضع وفاق ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث زعم
انه متى بلغ خمسا وعشرين سنة فك عنه الحجر ودفع اليه ماله وان كان سفيها ويعلم رشده باختباره
بما يلائمه من التصرفات الى قوله وكذا تختبر الصبية ورشدها ان تتحفظ من التبذير وان تعتني بالاستغزال
مثلا والاستنساج الخ لما كان الرشد ملكة تقتضي اصلاح المال على الوجه المتقدم فلا بد من اختبار
البالغ قبل فك الحجر عنه ذكرا كان ام انثى ليعلم اتصافه بالملكة المذكورة وانما يتحقق ذلك بتكرر الفعل

منه على وجه

منه على وجه يصير ملكة له وكيفية الاختبار ان ينظر فيما يلائمه من التصرفات والاعمال فان كان من اولاد التجار فوض
اليه البيع والشراء لا بمعنى ان يبيع ويشتري بل بما ليس في الاموال على هذا الوجه او يدفع اليه المتاع ليبيعه ويراعى
الى ان يتم المساومة ثم يتولاها الولي ونحو ذلك ويساق الكلام فيه فاذا تكرر ذلك وسلم من الغبن والتضييع
واتلاف شيء من المال وصرفه في غير وجهه فهو رشيد وان كان من اولاد الاكابر الذين يصانون عن مباشرة
البيع والشراء فاختباره بما يناسب حال اهله اما بان يسلم اليه نفقة مدة معينة لينفقها في مصالحه
او في مواضعها او بان يستوفي الحساب على معامليهم ونحو ذلك وان كان انثى لم تختبر بهذه الامور
لان وضعها لم يكن لذلك وانما تختبر بما يلائم عادة امثالها من الاعمال كالغزل والخياطة وشراء
آلاتهما المعتادة لامثالها بغير غبن وحفظ ما يحصل في يدها من ذلك وحفظ ما في منزلها من آلات
البيت واسبابه ووضعه على وجهه وصون اطعمته التي تحت يدها عن مثل الهرة والفار
ونحو ذلك فاذا تكررت هذه الافعال من المختبر على وجه افاد الملكة ثبت الرشد والا فلا
وتثبت شهادة الرجال في الرجال وشهادة النساء في النساء دفعا للمشقة الاقتصار المراد انه يثبت الرجال و ن
بشهادة رجلين منهم وبشهادة اربع نساء في النساء لان رشد المراة مما لا يطلع عليه الرجال غالبا فلو
اقتصر في ثبوت رشدهن على شهادة الرجال لزم الحرج والضيق واليه اشار بقوله دفعا للمشقة
الاقتصار وكذا يثبت رشدها بشهادة رجل وامراتين بطريق اولى وبشهادة اربع خناثى
واما السفيه فهو الذي يصرف امواله في غير الاغراض الصحيحة السفيه يقابل الرشيد فلو عرف المص
الرشيد بانه المصلح لماله عرف السفيه بانه الذي يصرف ماله في غير الاغراض الصحيحة وقد عرفت
ان الرشد لا يكفي فيه ذلك بل لا بد من ملاحظة اصلاح الموجود وتحصيل المعدوم بالوجوه
اللائقة فيكون السفه ترك ذلك فيتحقق بترك الاشتغال في الاعمال التي يشتغل بها من
امثاله ولا بد من قصد صرف المال في غير الغرض الصحيح بكون ذلك ملكة له بان يكون ذلك من شانه
فلا يقدح الغلط والانخداع نادرا لو وقعه من كثير من المتصفين بالرشد والمراد بغير الاغراض
الصحيحة ما لا يلائم تصرفات العقلاء غالبا كتضييع المال او احتمال الغبن الفاحش في المعاملات

والانفاق فى المحرمات وصرف المال فى الاطعمة النفيسة التى لا تليق بحاله بحسب وقته وبلده وشرفه وضعته وشراء الامتعة الفاخرة واللباس كذلك ونحوه واما صرفه فى وجوه الخير كالصدقات وبناء المساجد والمدارس واقراء الضيف فان كان لائقا به عادة لم يكن سفها قطعا وان زاد على ذلك فالمشهور انه كذلك ولا اسراف فى الخير كما لا خير فى السرف وفى التذكرة ان ما زاد منه على ما لا يليق بحاله تبذير لانه اتلاف فى المال وقال تعالى ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط وهو مطلق فيما هو محل النزاع لكنه لا يدل على مطلوبه لان المحكم بكونه تبذيرا يعنى ما دل النهى هنا لا يعينه ومن المستثنى خروج جماعة من اكابر الصحابة وبعض الائمة كالحسن عليه السلم من اموالهم فى الخير اللهم الا ان يمنع من كون ذلك لا يليق بهم والكلام انما هو فى ذلك كما لو صرف التاجر امواله كلها فى عمارة المساجد وفك الرقاب ونحو ذلك كما يشمل به المانع منه **قوله** فلو باع والحال هذه لم يمض بيعه وكذا لو وهب او اقر بمال الضابط انه يمنع من جميع التصرفات المالية سواء فى ذلك ما ذكر وغيره ولا فرق بين ما ناسب افعال العقلاء وغيره ولا بين الذكر والانثى **قوله** نعم يصح طلاقه وظهاره وخلعه واقراره بالنسب وبما يوجب القصاص اذ المقصود بالحجر صيانة المال وهو هذه الامور لا مال يصرف عليه فيها اما الطلاق والظهار فظاهر اذ ليس فيهما الا فوات الاستمتاع ولو فات المظاهر كفر بالصوم واما الخلع فنفسه كسب للمال فاولى بعدم المنع ولا فرق بين كونه بمهر المثل ودونه لجواز الطلاق بغير شىء فقبضها كان من العوض اولى ويحتمل المنع بدونه اجراء له مجرى المعاوضة كالبيع بدون ثمن المثل والفرق واضح واما الاقرار بالنسب فان لم يوجب النفقة فقبوله واضح وان اوجبها اشكل من حيث استلزامه لوجوبها فينبغى ان لا ينفذ لانه تصرف فى المال ويندفع بان الاقرار حينئذ يتضمن شيئين احدهما الحاق النسب وهو ليس بمال فيجب ان يثبت والثانى الانفاق عليه وهو تصرف مالى فلا يثبت وان كان احدهما لا ينفك عن الآخر غالبا الا ان تلازمهما غير معلوم ومثله فى الاقرار بمتلازمين غالبا وثبوت احدهما دون الآخر الاقرار بالسرقة مرة واحدة من الجائز فانه يثبت به المال دون القطع وبالعكس لو اقر هذا السفيه بالسرقة فانه يقبل فى القطع دون المال وحينئذ ينفق على من استلحقه من بيت المال لانه معد لمصالح المسلمين وهذا منها

والشهيد رحمه الله

والشهيد رحمه الله قول بانه ينفق عليه من ماله لانه فرع على ثبوت النسب ولان الانفاق عليه من بيت المال اضرار بالمسلمين فكما يمنع من الاضرار بماله كذلك يمنع من الاضرار بغيره ويضعف بان الاقرار انما نفذ فيما لا يتعلق بالمال كما مر بيناه وبيت المال معد لمصالح المسلمين فكيف يقال ان مثل ذلك يضرهم اذ ذلك آت فى كل من يأخذ منه جزأ ولانه لو قبل فى النفقة لامكن جعله له وسيلة الى ان يضيع المال لان ذلك من مقتضيات السفه واما اقراره بما يوجب القصاص فان لم يستلزم فوات النفس الزم به لانه مكلف عاقل ولا خلاف فيه وكذا ان كان فى نفس وطلب المقر له القصاص اما لو طلب المال ففى اجابته نظر من وجوب حفظ النفس التى هى اولى من حفظ المال ومن انه مفوت للغرض من الحجر لامكان ان يتواطأ مع المقر له على ذلك ليفوت المال والاقوى وجوب المال ولو وكله اجنبى فى بيع او هبة جاز لان السفه لم يسلبه اهلية التصرف اى لم يسلبه اهليته التصرف مطلقا وانما سلبه اهليته فى المال خاصة وايقاع صيغة العقد ليس منه فاللام فى التصرف اما للعموم بناء على ان المفرد المحلى به يفيد العموم او اراد نوعا من المجاز ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث منع من تصرفه بذلك ولو اذن له الولى فى النكاح جاز انما يجوز له الاذن فيه اذا عينه على وجه يؤمن معه من اتلاف المال بان يعين الزوجة والمهر مع احتمال الاكتفاء بتعيين الزوجة وانصراف اطلاق الاذن الى كونه بمهر المثل الا ان الاول انسب بالغرض من الحجر ولا يخفى ان جواز ذلك من الولى مشروط بالمصلحة كما لو باشر بنفسه بل هنا اولى وكذا القول فيما لو اذن له فى غيره من التصرفات المضبوطة كبيع الشىء الفلانى بكذا فلو اطلق له الاذن كان لغوا لاستلزامه فوات الغرض من الحجر عليه ولو تصرف فاجاز الولى فالوجه الجواز للامن من الانخداع الوجه هو الوجه لما ذكره من الوجه وخالف فى ذلك الشيخ رحمه الله وجماعة فحكموا بعدم صحة تصرفه وان اذن له الولى فضلا عن اجازته له والمملوك ممنوع من التصرف الا باذن المولى لا فرق فى المنع من تصرفه بدون اذنه بين ان يقول بملكه وعدمه ويستثنى من المنع من تصرفه طلاقه فيجوز بدون اذن مولاه بل وان كره لان الطلاق بيد من اخذ بالساق واستثنى فى التذكرة ايضا ضمانه

لانه تصرف في الذمة لا في العين ثم ان علم المضمون له بعبوديته قبل الضمان فلا رجوع له والا فله الرجوع
لاعساره وسيأتي الكلام فيه   والمريض ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث اجماعا ما لم تجز الورثة اي
ممنوع من ايقاعها على وجه النفوذ بدون اجازة الورثة لا انها تقع باطلة في نفسها والحاصل ان وصيته
بما زاد يكون موقوفا على اجازتهم فان اجازوها صحت والا بطلت وهذا هو المشهور بل المذهب
خلافا لعلي بن بابويه فانه اجاز وصيته بجميع ماله استنادا الى رواية قاصرة وحملت على
من لا وارث له او على ما اذا اجاز الورثة   وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث
خلاف بيننا والوجه المنع احترز بالتبرعات عن المعاوضات في مرض الموت كالبيع فانه يصح
اذا وقع بثمن المثل ولو اشتمل على محاباة فهي من جملة التبرعات والمنجزة المعجلة في حال الحيوة
كالهبة والعتق والمحاباة في الثمن وتزويج المرأة نفسها بدون مهر المثل واجارة نفسه كذلك وفي وقوع
هذه وشبهها من اصل المال او من الثلث قولان احدهما انها من الاصل ذهب اليه جماعة من المتقدمين
منهم المفيد والشيخ في احد قوليه وابن ادريس لانه مالك متصرف في ملكه فكان ماضيا كما لو تصرف
صحيحا وعليه شواهد من الاخبار الا ان في طريقها عمارا وسماعة وهما فاسدا الراي لكنهما ثقتان
والثاني انها من الثلث ذهب اليه جماعة من المتقدمين منهم الصدوق والشيخ في
احد قوليه واختاره عامة المتاخرين ومنهم المص رحمه الله وهو الاقوى للنصوص الكثيرة
الدالة عليه بعضها بالمفهوم وبعضها بالمنطوق واستثني منه مواضع تاتي ان شاء الله
واعلم ان المص بعد حصره اسباب الحجر في الستة ذكر منها اربعة وقد تقدم ذكر
الفلس وترك البحث عن الجنون ولقد كان الاولى ذكره كغيره ولعله تركه لقلة مباحثه
الا انه غير كاف وسياتي له ذكر يسير لا يغني عنه   لا يثبت حجر المفلس الا بحكم الحاكم
وهل يثبت في السفيه بظهور سفهه فيه تردد والوجه انه لا يثبت وكذا لا يزول الا
بحكمه لا خلاف في توقف الحجر على المفلس على حكم الحاكم وفي توقف رفعه على حكمه خلاف وسيأتي
واما السفيه ففي توقف الحجر عليه على حكم الحاكم او الاكتفاء بظهور سفهه قولان وكذا اختلف
في ارتفاعه

في ارتفاعه بزوال سفهه او توقفه على الحكم ووجه التوقف عليهما وهو الذي اختاره المص ان الحجر حكم شرعي
لا يثبت ولا يزول الا بدليل شرعي وان السفه امر خفي والانظار فيه تختلف فناسب كونه منوطا بنظر الحاكم ووجه
عدم التوقف فيهما ان المقتضي للحجر هو السفه فيجب تحققه عند تحققه واذا ارتفع زال المقتضي فيجب ان يزول
ولظاهر قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم حيث علق الامر بالدفع على ايناس الرشد فلو توقف معه
على امر آخر لم يكن الشرط صحيحا ومفهوم الشرط حجة عند المحققين والمفهوم هنا انه مع عدم ايناس الرشد لا يدفع اليهم
فدل على ان وجود السفه وزواله كافيان في اثبات الحجر ورفعه لان السفه والرشد متقابلان ولظاهر قوله تعالى فان كان الذي
عليه الحق سفيها الاية اثبت عليه الولاية بمجرد السفه من غير توقف على امر آخر يحتاج الى دليل والاية الاخرى تساق لرفعه كما مر
وهذا هو الاقوى   وفي المسئلة قولان آخران احدهما عدم توقف ثبوته على حكمه وتوقف رفعه عليه وهو اختيار
الشهيد في اللمعة والثاني عكسه وقيل ان به قائلا ولا نعلمه نعم في التحرير جزم بتوقف الثبوت على حكمه وتوقف في
الزوال بحكمه   اذا حجر عليه فبايعه انسان كان البيع باطلا فان كان المبيع موجودا استعاده البايع وان
تلف وقبضه باذن صاحبه كان تالفا وان فك حجره لا فرق في جواز استعادته مع وجوده بين ان يكون بايعه عالما
بحاله وجاهلا لان البيع في نفسه باطل فله الرجوع في ماله متى وجده واما اذا تلف فلا يخلو اما ان يكون قد قبضه باذن
صاحبه او بغير اذنه وعلى التقديرين اما ان يكون البايع عالما او جاهلا فان كان قبضه باذن صاحبه كان تالفا عليه
لانه سلطه على اتلافه مع كونه سفيها ووجود السفه مانع من ثبوت العوض وقوله وان فك حجره وصلي بما قبله
لانه اذا لم يلزم حال الاتلاف لا يلزمه بعد الفك هذا كله في العالم ظاهر اما الجاهل بحاله فاطلاق المص يشمله
ووجهه ان البايع قصر في معاملته قبل اختبار حاله وعلمه بان العوض المبذول منه ثابت ام لا فهو مضيع لماله
ونقل في التذكرة عن بعض الشافعية ان السفيه اذا اتلف المال بنفسه ضمن بعد رفع الحجر ما لا باس به وان كان
السفيه قبض المبيع بغير اذن صاحبه واتلفه ضمنه مطلقا لان البيع الفاسد لا يقتضي الاذن في القبض فيكون
متصرفا في مال الغير بغير اذنه فيضمنه كما لو اتلف مالا وغصبه بغير اذن مالكه   ولو اودعه وديعة فاتلفها ففيه
تردد والوجه انه لا يضمنه   وجه عدم الضمان تفريط المودع باعطائه وقد نهى الله تعالى عنه بقوله ولا تؤتوا
السفهاء اموالكم فيكون بمنزلة من القى ماله في البحر وقيل يضمن ان اتلفها او تلفت بتفريطه لان المالك لم يسلطه
على الاتلاف وانما امره بالحفظ وقد حصل منه الاتلاف بغير اختيار صاحبها كما لو غصب والحال ان السفيه
بالغ عاقل والاصل عصمة مال الغير الا بسبب مع ان وضع اليد حال الاتلاف غصب وهذا هو الاقوى واختاره
في التذكرة وهو ظاهر القواعد وفي حكم الوديعة العارية والصبي والمجنون حكمها فيما يقتضي مضمونا كالبيع والقرض

والغصب واتلاف المال بغير اختيار المالك كان كله حكم السفيه واما الوديعه والعاريه اذا تلفت بتفريطهما
او اتلفاها فنفي ضمانهما قولان اجودهما ذلك في الثاني دون الاول اما الاول فان الضمان باعتبار الاهمال انما يثبت
حيث يجب الحفظ والوجوب من باب خطاب الشرع المتعلق بافعال المكلفين فلا يتعلق بالصبي والمجنون
ولا يرد المعارضه بقوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدي فان مفهومه على الوجوب والتكليف بالرد
وهو منتف عنهما واما الثاني فان اتلاف مال الغير مع عدم الاذن فيه سبب في ضمانه والاسباب من باب خطاب الوضع م
لا يتوقف على التكليف ومنه يعلم وجه ضمان ما يتلفانه من مال الغير بغير اذنه فلو فك حجره ثم عاد مبذرا
حجر عليه ولو زال فك حجره وهكذا ابدا لما كان السفه عله الحكم بالحجر اما بنفسه او بحكم الحاكم على ما مر
كان وجود العله يقتضي وجود المعلول ورفعه رفعها من غير فرق بين المره والمرات وهذا مما لا خلاف فيه
نعم في خصوصه ذكره فائده اخرى وهي ان عله الحجر اولا لما قيل انها مركبه من السفه والفسق فلا يزول الحجر
الا برفعهما معا بالرشد والعداله على ذلك القول واما بعد ارتفاعهما فلا يقتضي تلك العله للحجر الا السفه خاصه
فعوده بعد الحجر وارتفاعه يرفعه من غير اعتبار العداله هنا على القولين كما حققناه سابقا فلذلك اطلق
المص ان مجرد عود السفه يوجب الحجر ومجرده يرفعه وهكذا الولايه في مال الطفل والمجنون للاب
والجد للاب فان لم يكونا فللوصي فان لم يكن فللحاكم لا خلاف في كون الولايه عليهما للاب والجد له وان علا
وانما الكلام في انهما اذا تعارضا واوقعا العقد بعقد معا فالذي اختاره العلامه رحمه الله الترجيح او يعدم عقد الجد وعقد دفعه د
الاب الذي اختاره في التذكره في هذا الباب هو الثاني والكلام في المال اما في التزويج فسياتي وفي
كتاب الوصايا من التذكره قال ان ولايه الاب مقدمه على ولايه الجد وولايه الجد مقدمه على ولايه
الوصي والوصي للاب والجد اولى من الحاكم ومقتضى قول المص انهما ان لم يكونا فللوصي ان وصي الاب
لا حكم له مع الجد كما في التذكره وهو كذلك وان علا الجد وياتي في ترتيب الاجداد للاب واشتراكهم
مع وجود الاعلى والادنى ما مر في الاب والجد من الخلاف ولو جعل الاب او الجد للوصي ان يوصي او جوزنا
للوصي ذلك وان لم ينص له فحكم وصيته حكم مقدم وصي الوصي وان تعدد على الحاكم والمراد بالحاكم حيث يطلق عليه م
في ابواب الفقه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى اجماعا اما السفيه والمفلس فالولايه في مالهما للحاكم
لا غير اما المفلس فظاهر واما السفيه فاطلاق المص يشمل من تجدد سفهه بعد الرشد ومن بلغ سفيها وهو
اشهر القولين في المسئله ووجهه على ما اختاره سابقا من توقف الحجر بالسفه على حكم الحاكم ورفعه عليه ظاهر
لكون النظر حينئذ اليه وقيل ان بلغ سفيها فالولايه للاب والجد ثم وصي احدهما ثم الحاكم كالصبي وان بلغ

رشيدا

الولاية في مال الطفل

رشيدا ثم تجدد سفهه فامره الى الحاكم دونهما وهو اجود استصحابا للحكم ولانهما في الاول وارتفاعها في الثاني فيحتاج
عودها الى دليل والحاكم ولي عام لا يحتاج الى دليل نعم يختلف اذا قدم عليه غيره وقد اسفي هنا اذا احرم بحجه واجبة
لم يمنع مما يحتاج اليه في الاتيان بالفرض وان احرم تطوعا فان استوت نفقته سفرا وحضرا لم يمنع وكذا ان امكنه
تكسب ما يحتاج اليه ولو لم يكن كذلك حلله الولي السفيه حكمه في العبادات البدنيه والماليه الواجبة حكم الرشيد
الا انه لا يمكن من صرف المال ولا تفريق الحقوق فاذا كان الحج واجبا فلا اعتراض للولي عليه سواء زادت نفقته
سفرا على الحضر ام لا لتعينه عليه ولكن يتولى النفقه عليه الولي او وكيله الثقه ولا فرق في ذلك بين الواجب
بالاصل والنذر كما اذا تقدم سببه على الحجر واما اذا كان الحج مندوبا فكذلك مع عدم زياده نفقته على
الحضر لعدم الضرر واما اذا احتاج الى زياده فان كان يمكنه تحصيلها في السفر فكذلك لانتفاء الضرر عن المال المحجور
عليه فيه وربما اشكل فانه يصير ما يكتسبه به من جمله ماله فيجب الحجر عليه فيه فيكون كالسابق واجيب
بانه قبل لم يكن مالا وبعده صار محتاجا للنفقه وبان الاكتساب غير واجب على السفيه وليس للولي
قهره عليه فلا يلزم من صرف ما يحصل به اتلاف الشيء من المال الذي يتعلق به الحجر والجواب الاول
انما يتم لو لم يمكنه العود او امكنه بنفقه مساويه لنفقه الاكمال والا لم يفد احتياجه الى النفقه
وفي الثاني ان الاكتساب عليه غير واجب الا انه اذا اكتسب باختياره تحقق المال ولزم الحجر وان كان م
فيه فعاد المحذور نعم لو كان الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضر وكان بعد التلبس بالحج او قبله
ولم يمكن العود الا بصرفه زال الاشكال ويفهم من قوله وان لم يكن كذلك حلله الولي ان احرامه ينعقد
على كل حال ويشكل مع الاخلال بالشرايط للنهي عنه حينئذ المقتضي للفساد في العباده ويمكن دفعه
بان النهي هنا ليس عن ذات العباده ولا عن شرطها لان المندوب لا يشترط فيه المال ليسعفه وانما النهي
عن اتلاف المال الزايد فطريق استدراكه تحليل الولي له بالصوم لانه حينئذ كالمحصر حيث يحرم
عليه الذهاب للاكمال للعجز وان كان لامر خارج كعجزه عن النفقه هذا ان جعلنا الدم للاحصار
بدلا والا بقي على احرامه الى زمان الفك وعلى القول بالبدل فهو عشره ايام كما مر في الحج وروي ثمانيه
عشر يوما واما الخصوص هذه المسئله فلا نص فيها عندنا اذا حلف انعقدت يمينه ولو حنث
كفر بالصوم وفيه تردد لما كان السفه انما يمنع من التصرفات الماليه فاذا حلف على فعل شيء او تركه
حيث يكون اليمين منعقده في غيره تنعقد منه لانه لا يتعلق بالمال ومثله نذر ذلك وعهده اما لو كان متعلق

النذر بنفس المال بان نذر ان يتصدق بمال مثلاً فان كان معينا بطل النذر وان كان في الذمة صح وروعي في انفاذه الرشد
اذا تقرر ذلك فاذا حلف مثلا على شيء وحنث وجبت عليه الكفارة قطعا لانه بالغ عاقل وهل يكفر بالصوم ام بالمال تردد
المصنف رحمه الله ووجه التردد من انه ممنوع من التصرف المالي فيكفر بالصوم كالعبد والفقير ومن ان الكفارة تصير
حينئذ واجبة عليه وهو مالك للمال فيخرج من المال كما يخرج الواجبات من الزكوة والخمس ومؤنة الحج الواجب
والكفارة التي تدسبق وجودها الحجر ويضعف بان هذه الواجبات ثبت عليه بغير اختياره فلا تصرف له في المال
وانما الحاكم به الله تعالى بخلاف الكفارة في المتنازع فان سببها مستند الى اختياره في مخالفة مقتضى اليمين فلو اخرجها
من المال لم يؤمن جعل ذلك وسيلة الى اذهابه لان مقتضى السفه توجيهه ماله على ما لا ينبغي والاقوى انه يكفر بالصوم شرفه
وبه قطع العلامة في كتبه حتى في التذكرة من غير نقل التردد ولا الخلاف وقريب من هذا البحث الكلام في
الانفاق على من استلحقه من الانساب باقراره لو وجب له القصاص جاز ان يعفو ولو وجب
له دية لم يجز هذا عندنا واضح لان موجب العمد القصاص خاصة وهو ليس بمال وانما يثبت المال بالصلح
والتراضي بخلاف ما يوجب الدية لانه تصرف مالي فيمنع منه ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث
جعل الواجب في العمد احد الامرين القصاص والمال فله ذلك لانه موضوع للتشفي والانتقام وهو صالح له ولا يصح عفوه لو وجب في العمد القصاص م
فاذا جاز له العفو عنه مطلقا يعفو عنه على مال اولى لحدث نشء مصلحة لا يسلم اليه بل الى الولي
يختبر الصبي قبل بلوغه وهل يصح بيعه الاشبه انه لا يصح قد تقدم ان الرشد لا يتحقق الا باختباره
بما يلائمه من التصرفات والاعمال وبين هنا ان محل هذا الاختبار قبل البلوغ لقوله تعالى وابتلوا اليتامى
حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم ووجه دلالة الآية على ذلك
من وجهين احدهما جعل متعلق الابتلاء اليتامى والمراد باليتيم لغة وشرعا من لا اب له وهو دون
البلوغ فالبالغ ليس بيتيم بحسب الحقيقة واطلاق اللفظ محمول على الحقيقة اذا لم يمنع منها مانع وهو منتف
هنا والثاني قوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح جعل غاية اختبارهم البلوغ فدل على ان الاختبار قبله
ولان تاخير الاختبار يؤدي الى الاضرار به بسبب الحجر عليه ومنعه ماله مع جواز كونه بالغا رشيداً الى البلوغ م
لان المنع ممتد الى ان يختبر ويعلم رشده وربما طال زمانه بسبب العلم بالملكة السابقة فان امكن دفع
الضرر بتقديم الاختبار كان اولى وهذا مما لا خلاف فيه عندنا وانما خالف فيه بعض العامة وجعله
بعده نعم شارح القواعد جعلا عبارتها على ان الاختبار بعد البلوغ وجعلا الخلاف في صحة البيع الواقع
بالاختيار

بالاختبار مع فرعه على ذلك ولا ضرورة داعية اليه اذا تقرر ذلك فنقول اذا كان الاختبار بمثل البيع لمن هو اهله
كما كس الصبي فيه وظهر رشده واوقعه هل يكون صحيحا ام لا وجهان احدهما الوقوع لامره تعالى بالابتلاء
وهو يقتضي كون الفعل الصادر من الصبي معتبرا خصوصا على القول بان افعاله شرعية ومع ذلك قد انضم
الى اذن الولي له لان اعطاه المال وامره به اذن فيجب ان يكون صحيحا والثاني عدمه لمنع دلالة الامر
بالابتلاء على الصحة بل غايته استفادة الرشد بما به الابتلاء ام كونه صحيحا ام لا خارج عن مقتضاه
وهذا هو الاقوى وعلى هذا فكيفية اختباره ان يامره الولي بالمساومة في السلع ويمتحنه بالممارسة
والمساومة وتقرير الثمن فاذا آل الامر الى العقد عقده الولي فاذا راه قد استقر رايه على الشرا
بثمن المثل واراده البيع مرة بعد اخرى علم رشده وقريب من ذلك ان يشتري الولي سلعة ويتركها في يد
البائع او يعطيه متاعا من امتعته ويواطئه على بيعه من الصبي فان اشتراه منه وفعل ما فيه الصلاح
كذلك دل على الرشد، واعلم ان العلامة في التحرير رجح صحة البيع مع اذن الولي كما هو المفروض
وفي التذكرة والارشاد قطع بعدمه وفي القواعد تردد كتاب الضمان
وهو عقد شرع للتعهد بمال او نفس اعلم ان للضمان معنيين احدهما اعم من الآخر وهذا التعريف
للضمان بالمعنى الاعم المتناول للضمان بالمعنى الاخص وللحوالة والكفالة فيكون هذه الثلثة اقسامه
والضمان بالمعنى الاخص قسيما للآخرين والكلام في كون الضمان هو العقد الدال على التعهد او
نفس التعهد وقد تقدم البحث على نظائره في البيع والمحقق انه الثاني واطلاقه على العقد
بطريق المجاز اقامة للسبب مقام المسبب وشرعية العقد المذكور للتعهد اعم من كون اثره
يحصل معه وعدمه فيشمل الصحيح والفاسد ولو ادعي ان المقصود حصول التعهد وان اللفظ دال
عليه كان تعريفا للصحيح وهو ايضا صحيح واعلم ان الضمان عندنا مشتق من الضمن لانه يجعل
ما كان في ذمته من المال في ضمن ذمة اخرى او لان ذمة الضامن تتضمن الحق فالنون فيه اصلية
بناء على انه ينقل المال من الذمة الى الذمة وعند اكثر العامة انه غير ناقل وانما يفيد اشتراك
الذمتين فاشتقاقه من الضم والنون فيه زائدة لانه ضم ذمة الى ذمة في التزام الحق فيتخير المضمون له في المطالبة

ضمنت الشيء وبه ضمنا وضمانا فهو ضامن وضمين كفله وضمنته الشيء تضمينا فتضمنه عني غرمته فالتزمه وما جعلته في وعاء فقد ضمنته اياه ق

والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال وقد لا يكون فههنا ثلثه اقسام احد الاقسام
التعهد بالنفس وهو الكفاله والتعهد بالمال ممن ليس له عليه مال هو الضمان بالمعنى الاخص ويحتمل التقسيم
بالتداخل ولا مدفع له ما نقوله ثم ان هذا القسم بالضمان اشبه لان الاشبهيه لم تخرجه عن معنى الحواله ايضا
ويمكن دفع الاشكال بان التقسيم جار على محل الوفاق او باعتبار القسم الاخر للحواله وهو تعهد مشغول الذمه
للمحيل فيكون هو احد الاقسام الثلثه خاصه وكون القسم المشترك ذا جهتين بحيث يصح تسميته ضمانا
خاصة وحواله سهل بعد الخطب ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون مال وهو المسمى بالضمان بقول
مطلق لما كان الضمان بالمعنى الاعم منقسما الى الاقسام الثلثه انقسام الكلي الى جزئياته فاطلاقه على كل
واحد منها بطريق الحقيقه فيصح اطلاق الضمان على الحواله والكفاله حقيقة لان المعنى المتبادر من الضمان
منه شرعا عند اطلاقه لفظه من غير قيد هو الضمان ممن ليس عليه مال للمضمون ونحو ذلك ولكن يبقى فيه اشكال
وهو ان ذلك يقتضي كون اطلاق الضمان عليهما ليس على وجه الحقيقه لان من علاماتها صحة الاطلاق
من غير قيد كما ان توقف فهم المعنى المراد من اللفظ على ضميمة القيد دليل المجاز فكيف يجمع كونهما من
افراد الكلي بطريق الحقيقه وافتقارهما في ذلك مع صحة الاطلاق الى التقييد وجوابه ان المقسم
اليهما حيث صار فردين له بطريق الحقيقه هو مطلق الضمان وذلك لا ينافي كونهما مجازين بالنظر
الى الضمان المطلق الذي هو قسيمهما والحاصل انه فرق بين الشيء المطلق ومطلق الشيء ومثل
هذا البحث ياتي في الماء فانهم قسموا مطلق الماء الى الماء المطلق والمضاف مع ان اطلاق الماء على المضاف
بطريق المجاز لافتقاره الى القيد الا انه فرد حقيقه من مطلق الماء ومنشأ الاختلاف باختلاف
الوجهين ولكن لما اشتهر المعنى المطلق وخفي مطلق المعنى لوحظت الحقيقه والمجاز باعتبار المشتهر
خاصة وفيه بحث ولو ضمن المملوك لم يصح الا باذن مولاه ويثبت ما ضمنه في ذمته لا في
كسبه الا ان يشترطه في الضمان باذن مولاه الكلام هنا يقع في مواضع احدها ضمان العبد
بغير اذن سيده وفي صحته قولان احدهما وبه قطع المصنف من غير نقل خلاف عدم الصحه لان
العبد لا يقدر على شيء كما وصفه الله تعالى به وذمته مملوكه للمولى فلا يملك اثبات شيء فيها الا
باذنه

ومن عليه هو المحال وفيه انه سيأتي من مذهبه ان الحواله يعتبر فيها شغل ذمة المحال عليه للمحيل فتدخل هذا القسم في الضمان الاخص صح

هو الاخص له واما الاخران وهما الحواله والكفاله فانهم سموا معنى الضمان مع نقضه بلفظ آخر الخ وهو ضمان النفس او ضمان مشغول الذمه للمضمون صح

اثبات صح

باذنه ولان الضمان يستلزم مالا في الذمه فيمتنع منه بدون اذن المولى كما يمنع من النكاح لذلك ويرد
على الاول ان ضمانه لما اتلفه او غصبه او جناه في ذمته من غير اذن المولى فلو توقف شغل ذمته مطلقا
على اذن المولى لم يلزمه هنا شيء الا ان يقال ان ذاك لا يعد التزاما بل هو حكم شرعي مبني على القهر بسبب
وقوعه بغير احسان سببه ومن ثم لزم ذلك الصبي والمجنون ايضا مع عدم صحة ضمانهما اجماعا وعلى
الثاني منع كون مطلق اثبات المال في الذمه ومن ثم امتنع وان عرى العقد عن المهر بل وان بذل له
اجنبي وانما المانع الحجر واستلزام صحته وترتب اثره قدرة العبد المنفيه والاجماع عليه وثانيهما
الصحه لانتفاء الضرر على المولى لان استحقاق المطالبه انما يستقر في ذمته بعد العتق لا ضرر فيه عليه
كما لو استدان بغير اذن سيده وان افترقا بكون صاحب الدين لو وجد عين ماله كان له انتزاعها منه
ولا يتصور ذلك في الضمان لتعلق حقه بالذمة لا يقال ان السيد يستحق ارثه بعد العتق بالولاء وثبوت
الضمان يمنع الارث لانا نقول حكم الارث المذكور لا يمنع الضمان فان الارث متاخر عن الدين فيما
قيل انه دين يقدم عليه ولهذا لا يمنع الارث اقراره بمال مع ان الملك يمنع منهما فدل على ان الارث ليس في حكم
الملك مطلقا كما ان الحر لا يمنع الضمان لحق ورثته ويمنع مما هو ملكهم فعلى هذا يتبع به بعد العتق لان كسبه
مملوك للمولى ولا يملك التصرف في مال مولاه وهذا القول قربه العلامه في التذكره الامر الاول الثاني
على تقدير ضمانه باذن المولى واطلاقه فلم يشترط له الاداء من الكسب ولا الصبر الى ان يعتق فهل يتعلق
بذمته ام بكسبه قولان احدهما وهو الذي اختاره المصنف تعلقه بذمته فيتبع به بعد العتق
لان اطلاق الضمان اعم من كل منهما والعام لا يدل على الخاص فلم يقع من المولى ما يدل على التزامه في ملكه
وكسبه ملكه ولان الاذن في الكلي ليس اذنا في الجزئي المعين وان كان لا يوجد الا في ضمنه كما حقق
في الاصول والثاني انه يتعلق بكسبه لان اطلاق الضمان انما يحمل على الضمان الذي يستعقب
الاداء فانه المعهود والاداء من غير مال السيد يمتنع وكذا من ماله غير الكسب والا كان هو الضامن لا العبد
وهو خلاف التقدير فيكون في كسبه والبحث في ذلك قريب مما لو اذن في الاستدانه فيبنى ترتب قول

فلا يمتنع من [illegible] على [illegible] ضمانه ما [illegible]

ثالث وهو ان الضمان يتعلق بالمولى لا بخصوص كسب العبد ولعله اقوى الثالث على تقدير ثبوته في ذمته
لو اذن له مولاه في الضمان في كسبه فقد قطع المصنف بصحته ووجهه ان كسبه مال مخصوص من اموال السيد
فيكون بمنزلة ما لو ضمن في مال بعينه وح فان وفي بكسبه مال الضمان فقد تم للمضمون له حقه والا ضاع
عليه ما قصر فلو اعتق العبد قبل امكان تجدد شيء من الكسب فهل يبقى التعلق به ام يبطل الضمان لفوات المحل
المعين لاداء المال لانصراف الاطلاق الى الكسب الذي هو ملك المولى وقد فات الظاهر من كلامهم الاول فان ذلك
هو معنى الكسب فاذا اعتق صار كسبه وما في يده سواء ومع ذلك لا يسمى في اصطلاح الشرع كسبا وان اطلق عليه لغة
لكن يشكل على هذا صحة اشتراطه في كسبه حال عبوديته لان السيد لا حق له فيه فلا مدخل لاذنه فيه والعبد
لم يكن حال الضمان يقدر على شيء الا ان يقال بصحة ضمانه بغير اذن سيده كما مر فهنا اولى ويتفرع على ذلك
ما لو مات العبد قبل امكان الاداء فهل يلزم المولى الاداء لما بقي محتمل لان اذنه له في الضمان في كسبه
كاذنه في الضمان في مال بعينه من امواله فاذا تلف المال يعود الضمان الى ذمة صاحب المال على
الخلاف ولو قلنا بعدم عوده اليه فلا اشكال ويحتمل عدم لزومه للمولى وان قلنا به ثم لان الكسب
ليس محض مال السيد بل حق له ولهذا لو اعتق بقي متعلقا بكسب المعتق على انه لم يتعلق بالمولى محضا
وليس في كلام الاصحاب هنا ما يدل على شيء وان كان الاوجه ابتناؤه على مسئلة تعيين الاداء من مال
بعينه وكذا لو شرط ان يكون الضمان من مال معين اي شرط الضامن كون ضمانه من مال
معين من امواله فانه يصح الضمان وينحصر وجوب الاداء فيه لعموم قوله صلى الله عليه وآله المؤمنون
عند شروطهم وح يتعلق به حق المضمون له وهل هو يتعلق به كتعلق الدين بالرهن او كتعلق
الارش بالجاني فيه وجهان احدهما ان الضمان ناقل للدين الى ذمة الضامن لان موضعه انما
هو الذمة وتخصيص هذا المال افاد انحصار المطالبة الآن منه ولم يخرج الذمة عن العهدة لان
مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها وهذا وجه تعلق الرهن ومن ان الضامن لم يدخل ذمته
مطلقا وانما حصر الاستحقاق في المال المعين وجعله متعلق حق المضمون له منحصر حقه
فيه ابتداء من غير تعلق بالذمة واقواهما الاول ويظهر الفائدة فيما لو تلف بغير تفريط فعلى الاول
ينتقل الى ذمة الضامن وعلى الثاني الى ذمة المضمون عنه اما الاول فظاهر لان تلف الرهن
لا يسقط الحق واما الثاني فلان فوات العبد الجاني انما يسقط الحق عن مالكه ومالك المال

هنا هو الضامن

تدل م

هنا هو الضامن فيسقط عنه واما المضمون عنه فانتقال المال عن ذمته ليس انتقالا تاما لانه لم يتعلق
بذمته وانما تعلق بمال تعلقا ضعيفا فاذا فات عاد الى ما كان مع احتمال السقوط عنهما في الموضعين
على التقديرين اما عن الضامن فلانه لم يقدم على الضمان الا في ذلك المال ولم يلتزم الاداء الا منه
عملا بالشرط وقد فات فيبطل الضمان ويعود الى ذمة المضمون عنه واما احتمال سقوطه عن المضمون عنه
على تقدير تعلقه كالجاني فلان الضمان لما كان ناقلا برئت ذمة المضمون عنه بالضمان كيف كان
فلم يبق للمضمون له عليه حق ولا الضامن الا ما ادى ولم يحصل الاداء المبني عليه ضعيف لان الضمان
ناقل اما من ذمة الى ذمة عندنا او ضمام ذمة الى ذمة عند غيرنا بعدم تعلقه بذمته اصلا خارج
عن القولين فيكون المبني عليه اولى بالسقوط واختار في التذكرة الرجوع على الضامن مع التلف مطلقا
بناء على الوجه الاول والشهيد رحمه الله في بعض فتاواه اختار بطلان الضمان مع تلف المال من غير تفريط
له على وجه وهو متجه ويمكن دفع المنافاة بين التعلق بالذمة والمال المعين مع الحكم بالبطلان على تقدير
تلفه بان يجعل التعلق بالذمة مشروطا بالاداء من المال عملا بمقتضى الشرط او يجعل هذا تعلقا برأسه خارجا
عن التعلقين اذ لا دليل على الانحصار فيهما وانما هو من مناسبات الشافعية وح يجعل التعلق مخصوصا
بالعين فانه الشرط فان التزام المال من غير المعين لم يتعلق به قصد الضامن ولا دل عليه لفظه وكما
يبنى على الوجهين ما لو كان المال المعين اقل من الدين فعلى الاول يلزم الضامن الاكمال كما لو نقص
الرهن عنه بناء على تعلق الدين بذمته ولم يحصل فيما عينه وفاء وهو الذي قربه في التذكرة
ويشكل بما مر فانه لم يلتزم في ذمته شيئا وغايته التنزل ان يكون التزم بقدر المال المعين
فثبوت الزائد في ذمته بعيد وعلى الوجه الثاني لا اشكال في عدم ضمانه ومما يبنى على الوجهين
ان الضامن يطالب ببيع المال وتحويله الى جنس الحق المضمون فعلى الاول يطالب الضامن قطعا كالرهن
وعلى الثاني يحتمل جواز استبداد المضمون له به كالجاني خصوصا ان لم يفكه الضامن ويحتمل عليه
توقف التصرف على الضامن لان هذا التعلق لا يساوي تعلق الجناية بالجاني بكل وجه لان
الجناية تعلقت بالعبد ابتداء ولم يتعلق بذمته اصلا بخلاف دين المضمون له هنا فانه

ضمام

الثمن

الضام

كان معلقا بذمته وفي تعلقه بذمة الضامن ثانيا ما مر من البحث فلم يفد هذا التعليل انحصار
الحقيقة بكل وجه   ولا يشترط علمه بالمضمون له ولا المضمون عنه وقيل يشترط والاول الحق نيه
اشبه لكن لابد ان يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد الى الضمان عنه
القول باشتراط علم الضامن بهما معا للشيخ رحمه الله في المبسوط وفي الخلاف اعتبر العلم بالمضمون
عنه لا المضمون له ونفى الاشتراط منهما في غيره وهو الاقوى اما عدم اعتبار العلم بالمضمون عنه
فلان الضمان وفاء دين عنه وهو جائز عن كل مديون واما المضمون له فان اعتبرنا قبوله
لفظا كما هو مقتضى العقد اللازم اقتضى ذلك تميزه ولا يعتبر ازيد من ذلك وان لم يعتبره
كما يدل عليه واقعة الميت المديون الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله من الصلوة عليه
حتى ضمنه علي عليه السلام لم يعتبر علمه بوجه وهذا هو الظاهر من عبارة المص حيث اعتبر
رضاه ولم يعتبر فيه عقدا ولا قبولا مخصوصا ولا امتيازه هنا مع اعتبار امتياز المضمون عنه
وبقي الكلام في اعتبار تميز المضمون عنه كما ذكره المص ووجهه ان الضمان يتوقف على القصد
وهو متعلق بالمضمون عنه والحق فلا بد من تميزه بوجه يزول معه الجهالة ليمكن القصد اليه
واما الحق فسيأتي الكلام فيه ويشكل بمنع توقف القصد على ذلك فان المعتبر القصد الى الضمان
وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له مثلا في الذمة وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين
والدليل انما دل على اعتبار القصد في العقد لا فيمن كان عليه الدين فلو قال شخص مثلا اني
استحق في ذمة شخص مائة درهم فقال الآخر ضمنتها لك كان قاصدا الى عقد الضمان عن اي
من كان الدين عليه ولا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك والى ذلك مال في التذكرة حيث قال
فهل يشترط معرفة ما يميزه عن غيره الاقرب العدم بل لو قال ضمنت لك الدين الذي لك على من
كان من الناس جاز نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن القصد
معه الى الضمان عنه لو لم يقصد الضمان عن اي من كان   ويشترط رضا المضمون له
المشهور

المشهور اشتراط رضا المضمون له في صحة الضمان لان حقه يتحول من ذمة غريمه الى ذمة الضامن
والناس يختلفون في حسن المعاملة وسهولة القضاء فربما كان المضمون له لا يرضى بابداله بغريمه لبعضه عنه
فلو لم يعتبر رضاه لزم الضرر والغرر وللشيخ رحمه الله قول بعدم اشتراطه محتجا بان عليا عليه السلام وابا
قتادة ضمنا الدين عن الميت ولم يسأل النبي صلى الله عليه وآله عن رضى المضمون له واجيب بانها واقعة
لا عموم لها وبان ذلك انما دل على عدم بطلان الضمان قبل علمه ورده ونحن نقول بموجبه لانه صحيح ولكن لا يلزم
الا برضا المضمون له والاقوى اشتراط رضاه لصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام وعلى هذا القول
فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراخي ام لا بد من كونه بصيغة القبول اللفظي فورا وجهان اجودهما الثاني
لانه عقد فلا بد فيه من القبول ولاصالة بقاء ما كان من شغل ذمة المضمون عنه وسلامة ذمة الضامن
وعدم انتقال حق المضمون له الا ان يتحقق المزيل ويحتمل ويعتبر فيه ما يعتبر في سائر العقود من التواصل
المعهود بين الايجاب والقبول وكونه بلفظ الماضي واللفظ العربي لانه من العقود اللازمة ووجه العدم
قضية علي عليه السلام واصالة عدم الاشتراط ومخالفته لغيره من العقود المملكة لان الضمان لا يثبت ملكا
جديدا وانما يتوثق به الدين الذي كان مملوكا وفيه ان استحقاق المضمون له عند الضامن حقا ضرب
ثم سبق بالرهن فان فائدته التوثق مع اشتراطه فيه   ولا عبرة برضا المضمون عنه لان الضمان
كالقضاء هذا موضع وفاق ولان اداء الدين لا يجوز بغير اذنه فالتزامه في الذمة اولى ولصحة الضمان
عن الميت كما مر في واقعة المصلى عليه ولا يتصور رضاه   ولو انكر بعد الضمان لم يبطل على الاصح
اي انكر المضمون عنه الضمان فانه لا اثر له لانه اذا لم يعتبر رضاه ابتداء لا عبرة بما كان بعده وربما
قيل الانكار بعدم رضاه بالضمان وعلى التقديرين لا عبرة به ونبه بالاصح على خلاف الشيخ وجماعة حيث
حكموا ببطلانه بانكاره وهو ضعيف جدا   ومع تحقق الضمان ينتقل المال الى ذمة الضامن
ويبرأ المضمون عنه ويسقط المطالبة عنه هذا عندنا موضع وفاق وقد بعد من الاشارة
اليه في التعريف وخالف فيه كافة الجمهور ويظهر الفائدة في مواضع يأتي بعضها ومعنى براءة المضمون عنه

برائته من حق المضمون له لا مطلق البراة فان الضامن يرجع عليه بما اداه اذا ضمن باذنه كما سياتى
ولقد كان الحكم برائه مغنيا عن قوله ويسقط المطالبة عنه لانه لازم للبراة   ولو ابرأ المضمون له
المضمون عنه لم يبرئ الضامن على قول مشهور لنا   هذا من فروع المسئلة السابقة فان الضمان اذا
كان ناقلا موجبا لبراة المضمون عنه من حق المضمون له فبرائته لا تفيد شيئا لعدم اشتغال ذمته صح
عندنا نعم لو ابرا الضامن بريا معا اما الضامن فلان الحق عليه واما المضمون عنه فلان الضامن
لا يرجع عليه الا بما اداه ولا اداء هنا وعند الجمهور ان كل واحد منهما ذمته مشغوله فان ابرأ المضمون عنه ذمته صح
برئ الضامن لسقوط الحق كما لو ادى المال ولو ابرا الضامن لم يبرا المضمون عنه لان الضمان عندهم
كالوثيقة فلا يلزم من سقوطها سقوط الدين كفك الرهن اذا تقرر ذلك فنقول المص على قول مشهور لنا
يشعر بثبوت مخالف منا لكن لم نقف عليه   وفي التذكرة ادعى اجماع علمائنا على ذلك ولعله اراد
بذلك انه لم يتحقق الاجماع وان لم نجد مخالفا فان عدم الاطلاع على المخالف لا يوجب الاجماع
وان كان المضمون ما مر كما نبه عليه المص في المعتبر وسائر في آخر الكتاب ما يشعر بخلاف
الشيخ رحمه الله في ذلك   ويشترط فيه الملأة او العلم بالاعسار انما تشترط ذلك في
لزوم الضمان لا في صحته كما نبه عليه بعد بقوله كان للمضمون له فسخه والمراد بملاءة
الضامن التي هي شرط اللزوم ان يكون مالكا لما يوفي به الدين فاضلا عن المستثنيات حين الضمان
فلا يقدح تخلفه بعد ذلك كغيره من الشروط وكما لا يقدح تجدد اعساره بعد الضمان لم يكن له
الفسخ لتحقق الشرط حين الضمان فلا يقدح تخلفه بعد ذلك كغيره من الشروط وكما لا يقدح تجدد
اعساره المانع من الاستيفاء كذا لا يقدح تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر فلا يرجع على
المضمون عنه متى لزم الضمان   اما لو ضمن ثم بان اعساره كان للمضمون له فسخ الضمان لما كان
عقد الضمان مبنيا على الارتفاق والقصد منه استيفاء الدين من الضامن وانما يكون ذلك اذا
امكن الاداء منه بيساره فاذا فات هذا المقصود ثبت للمضمون له الخيار بين الصبر على الضامن وبين

فسخ العقد

الضامن

ذمته صح

فسخ العقد والرجوع على المضمون عنه وهل الخيار على الفور لم اقف منه على شيء والاصل يقتضي
امتداده الى ان يثبت المزيل   والضمان المؤجل جائز اجماعا وفي الحال تردد اظهره الجواز لما كان مبنى
عقد الضمان على الارتفاق ويسهل الامر على المضمون عنه كان الضمان المؤجل للدين الحال جائز لتحقق الغرض
المطلوب منه وهو موضع وفاق وليس هذا تعليقا للضمان على الاجل بل تاجيل للدين الحال في عقد لازم
فيلزم واما عكسه بان يضمن المؤجل حالا فهو مناف للغرض منه كما ذكرناه ومن ثم منعه الشيخ وجماعة لذلك ولان
ثبوت المال في ذمة الضامن فرع ثبوته في ذمة المضمون عنه والفرع لا يكون اقوى من الاصل ويضعف بان المنتقل
هو الدين واما الاجل فاذا اسقطه المديون وادى المال حالا جاز وكذا اذا سال الضمان كذلك لانه في معنى الاسقاط
له ولو كان الضامن متبرعا بالضمان فاولى بعدم الاشتراط اذ لا رجوع له على المضمون عنه فيكون في معنى ما
لو ادى عنه دينه المؤجل قبل الاجل وهو جائز وربما قيل بالمنع مطلقا لان شرط صحة الضمان وجوب الحق على المضمون عنه
والاجل من حقوق الدين وتعجيله غير واجب عليه فيكون ضمانه كذلك ضمان ما لم يجب وهو غير صحيح
وفيه نظر لان الممنوع منه الذي لم يجب هو المال لا الاجل لان مدلول ما الذي هو متعلق الضمان هو المال
لانه المضمون واما الاجل فلا تعلق بالضمان وان كان من توابع الحق واوصافه الا ان دخوله حيث
يدخل ليس بالذات بل بالتبعية وهو حق للمديون فاذا رضي الضامن باسقاطه وتعجيل الايفاء فقد ضمن
ما يجب وهو المال ورضي باسقاط الوصف ولا يرد انه غير واجب الاداء بسبب الاجل لانه واجب
في الجملة غايته انه موسع وذلك لا يخرجه عن اصل الوجوب خصوصا اذا انضم الى رضى الضامن بذلك
رضى المضمون عنه والاقوى الجواز مطلقا اذا تقرر ذلك فنقول الحق المضمون لا يخلو اما ان يكون
حالا او مؤجلا ثم اما ان يضمنه الضامن حالا او مؤجلا وعلى تقدير ضمان المؤجل مؤجلا اما ان
يكون الاجل الثاني مساويا للاول او انقص او ازيد وعلى التقادير اما ان يكون الضمان تبرعا
او بسؤال المضمون عنه فالصور اثنى عشر كلها جايزة على الاقوى الا ان موضع الخلاف فيها
غير محرر فان اطلاق عبارة المص ان الضمان تبرعا وبسؤال المضمون عنه متى كان مؤجلا

المديون

حق م

لا الاجماع مستند على الجواز ومرشا من الكلام

ومع قصور اجل الضمان ومساواته وتعليل المانع من الحلول بعضى المنع من هاتين الصورتين لانهم عللوا
المنع من الحال على ما نقله فى المختلف وغيره ان الضمان ارفاق والاخلال به يقتضى تسويغ المطالبة للضامن
فتسلط على مطالبة المضمون عنه فى الحال فيسقى فائدة الضمان وهذا التعليل بعينه آتٍ فى الاجل
المساوى والقاصر ويقتضى ان الضامن لو كان متبرعا لم يضر لانتفاء المانع من التسلط على المضمون عنه
والشيخ فخر الدين رحمه الله منع من ضمان الحال لا لهذه العلة بل لانه ضمان ما لم يجب وهو شامل
للاجل القاصر عن اجل الدين كما هو شامل للحال ومخرج للمساوى وبالجملة فاطلاق كلام الشيخ واتباعه
يقتضى ما افاده المصنف وتعليلهم يدل على اختصاصه بغير الصورتين المذكورتين واما الضمان حالا
فان كان الدين مؤجلا فقد اتفق المانعون على منعه نصًّا وتعليلا وان كان حالًّا فالشيخ فخر الدين
واتباعه جوزوه لوجوب الحق والشيخ واتباعه منعوه لعدم الارتفاق والممنوع عند المعلل
بوجوب الحق كغيره وعند المعلل بالارتفاق مختلف ومن هنا يتبين لك ان محل النزاع غير محرر والخلاف
واقع فيما عدا المؤجل بالحال والزائد اجله عن اجل الاصل بقى فى المسئلة بحث آخر وهو انه على القول
بجواز ضمان المؤجل حالا او باجل دون الاجل الاول لو اذن المضمون عنه للضامن فى ضمانه كذلك او مطلقا
فهل يحل عليه الدين او يسقط الاجل على تقدير ضمان الضمان له كذلك ام يبقى عليه الاجل كما كان
فلا يرجع عليه الضامن الى حلوله وان ادى قبله اوجه احدها الرجوع عليه كما ادى فى الحال
اما مع التصريح بالاذن حالا فلان الضمان فى حكم الاداء ومتى اذن المديون لغيره فى قضاء دينه معجلا
فقضاه استحق مطالبته ولان الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن
واما مع الاطلاق فلما وله التعجيل فيكون ماذونا فيه ضمنا لانه بعض ما يدل عليه اللفظ
وثانيها التفصيل فيرجع عليه حالا مع التصريح لا مع الاطلاق اما الاول فلما مرّ واما
الثانى فلان الاطلاق انما يقتضى الاذن فى الضمان وذلك لا يقتضى حلول الحق على المضمون عنه
لانه لا يحل عليه الا باسقاطه او اشتراطه فى عقد لازم وهو منتفٍ ولا دليل فى الاذن المذكور

على حلول الاصل

على حلول الاصل باحدى الدلالات ولاصالة بقاء الاجل وهذه الوجوه آتية مع التصريح له فى الضمان حالا ان لم
يصرح له بالرجوع عليه حالا ايضا وثالثها عدم الرجوع عليه الا بعد الاجل مطلقا لما ذكر ولان الاذن
فى الضمان وان كان حالا انما يقتضى حلول ما فى ذمة الضامن ولا يدل على حلول ما فى ذمة المضمون عنه باحدى
الدلالات وهذا هو الاقوى واعلم ان العلامة قطع فى المختلف بالاخير ولم يذكر غيره وفى القواعد
استشكل فى الحلول بالسؤال وقطع ولده بان الاشكال انما هو مع الاطلاق لا مع التصريح بالسؤال حالا فانه
يقتضى الحلول على المضمون عنه وقطع المحقق الشيخ على بضده وهو ان الاشكال انما هو مع التصريح بالحلول
اما مع الاطلاق فلا اشكال فى عدم الحلول وهو موافق لما فى التذكرة فانه قطع بعدم الحلول مع الاطلاق
واستشكل مع تصريحه بالتعجيل ثم استقرب عدم الحلول والحق ان الاشكال واقع على التقديرين كما بيناه
ولو كان المال حالا فضمنه مؤجلا جاز وسقطت مطالبة المضمون عنه ولم يطالب
الضامن الا بعد الاجل هذا هو الموضع المتفق على جوازه واعاده لينبه على حكم المطالبة وحاصلها
ان المضمون عنه لا يطالب قبل الاجل مطلقا اما من المضمون له فلانتقال دينه عنه الى ذمة الضامن
واما من الضامن فلانه لا يسوغ له المطالبة الى ان يؤدى وان كان حالا فهنا اولى واما الضامن فلا يستحق عليه
المطالبة قبل الاجل ايضا عملا بمقتضى الشرط وهذه المسئلة من فروع القول بانتقال الحق الى ذمة الضامن
وبراءة المضمون عنه والقائل بالانضمام جوز هنا مطالبة المضمون عنه حالا لبقائه على اصله ولم يجوز
مطالبة الضامن الا بعد الاجل ولو مات الضامن حلّ واخذ من تركته لما كان الميت يحل
ما عليه من الديون المؤجلة بموته كان هذا من جملة افرادها فاذا ضمن الحال مؤجلا ثم مات قبل
الاجل حلّ ما عليه من مال الضمان واخذ من تركته وجاز حينئذٍ للورثة مطالبة المضمون عنه
لان الدين عليه حال والعدم حصول ما يقتضى تاجيله عليه لان المؤجل هو الدين الذى فى ذمة
الضامن لا الذى فى ذمته الا ان الضامن لما لم يستحق الرجوع الا بالاداء وكان موته مقتضيا
لحلول دينه فاذا اخذ من تركته زال المانع من مطالبة المضمون عنه ومثله ما لو دفع الضامن

الى المضمون له الحق قبل الاجل باختياره فان له مطالبة المضمون عنه لما ذكر وهذا بخلاف ما لو كان الدين
مؤجلا على المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك فانه بحلوله عليه بموته لا يحل على المضمون عنه لان الحلول عليه
لا يستدعي الحلول على الاخر كما لا يحل عليه المؤجل بضمنه الضامن حالا باذنه على ما سبق ولو كان
الدين مؤجلا الى اجل فضمنه الى ازيد من ذلك الاجل جاز هذا من جملة فروع المسئلة السابقة الاجماعية
لان الاجل الزائد يحصل منه الارتفاق المطلوب من الضمان والكلام فيه لو ادى قبل الاجل او مات كما مر وتحريره
انه ان ادى قبل حلول الاجل لم يكن له مطالبته الا بعده وان ادى بعد حلوله عليه وقبل حلول الاجل نفسه فله مطالبته
لانه قد صار على الاصيل حالا والضامن قد ادى واسقط حق نفسه من الاجل الزائد وكذا القول لو مات فادى الاصيل
وارثه ويرجع الضامن على المضمون عنه بما اداه ان ضمن باذنه ولو ادى بغير اذنه ولا يرجع ان ضمن بغير اذنه
ولو ادى باذنه احكام رجوع الضامن على المضمون عنه وعدمه بالنسبة الى كون الضمان والاداء معا باذن
المديون او احدهما او عدمهما اربعة اشار المصنف الى اثنين بالمنطوق واثنين بالمفهوم لاقتضاء
لو الوصلية ثبوت الحكم في المسكوت عنه بطريق اولى وحكم الاربعة كما ذكر عند علمائنا اجمع وانما نبه
بها على خلاف بعض العامة في بعض افرادها بناء على ما سبق من انه عزم قبل ملاذن المديون اثر على بعض الوجوه
ويعتبر بكتابة الضامن منضمة الى القرينة الدالة لا مجردة انما يعتبر بالكتابة مع تعذر النطق
لا مطلقا كما صرح به غيره ولا بد مع ذلك من انضمام ما يدل على قصده من اشارة ونحوها لامكان كونه عابثا
ولا فرق في ذلك بين الضامن والمضمون له بناء على اعتبار قبوله لفظا وانما خص المصنف الضامن لعدم اعتباره
القبول اللفظي في الآخر كما سبق ولو عجز عن النطق والكتابة واشار بما يدل عليه صح ايضا كالاخرس
والظاهر الاكتفاء بها وان قدر على الكتابة لان المعتبر بين رضاه بالقراين والكتابة منها
وهو كل ما ثابت في الذمة سواء كان مستقرا كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار او معرضا
للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع وقد تقدم
ان عقد البيع يفيد ملك البائع للثمن والمشتري للمبيع وان كان هناك خيار فالبيع موجب
للملك وان لم يكن مستقرا فيصح ضمان الثمن للبائع عن المشتري وللمشتري عن البائع اذا قبضه
لجواز ظهور

الاصيل

لجواز ظهور المبيع مستحقا وهو المعبر عنه بضمان العهدة وقول المص كالثمن في مدة الخيار بعد
قبض الثمن مراده انه يصح ضمان الثمن في مدة الخيار بعد قبضه وهذا الضمان قد يكون للبايع
القابض له بان يضمن له عهدته على تقدير ظهوره مستحقا على وجه لا يستلزم بطلان البيع كما لو كان
غير معين في العقد او على تقدير ظهور عيب فيه ليرجع بارشه وقد يكون ضمانه للمشتري على
تقدير ظهور المبيع مستحقا ليرجع به وعلى التقديرين فالضمان انما هو لعهدته لا له نفسه
فقوله كالثمن يشبه للحق الثابت المنزل لا للمضمون اذ المضمون عهدته لا هو نفسه والفرق
يظهر في اللفظ والمعنى اما اللفظ فالعبارة عن ضمان الثمن ضمنت لك الثمن الذي في ذمة زيد مثلا
او نحوه وضمان العهدة ضمنت لك عهدته او دركه ونحو ذلك واما المعنى فظاهر اذ ضمانه بنفسه
يقتضي انتقاله الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه منه وضمان العهدة ليس كذلك انما يفيد
ضمان دركه على بعض التقديرات وقوله ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع اي لا يصح ضمان الثمن عن البائع قبل
قبضه له على تقدير ظهور المبيع مستحقا وقد قبض البائع الثمن فانه ضمان ما لم يجب لانه لم يدخل
تحت يد البائع حال الضمان ليضمن عهدته فيكون كما لو ضمن ما سيدينه ونحوه وهو ايضا
ضمان عهدة واحترز بقوله عن البايع عن ضمانه عن المشتري للبائع فانه جائز سواء كان الضمان
لنفسه بحيث ينتقل الى ذمة الضامن كما لو لم يكن معينا في العقد ام لعهدته كان يضمن
للبائع عن المشتري عهدة الثمن لو ظهر مستحقا وهذا انما يتم اذا كان الثمن غير معين اذ لا يبطل
البيع باستحقاقه بل يرجع الى عوضه ثمن آخر فاما اذا كان معينا فظهر مستحقا فانه يبطل
البيع ولا معنى حينئذ لضمان عهدته للبائع انما يحتاج الى ضمان عهدة المبيع نعم لو كان
الضمان صح لتجويز كونه معيبا صح على التقديرين وقد ظهر بذلك ان المراد في العبارة بضمان الثمن
ضمان عهدته في اكثر الصور وربما اراد ضمانه نفسه في بعض مفهوماتها فوقعت مجملة تحتاج
الى التفصيل وسياتي فائدة ضمان العهدة • وكذا اما السريلازم ولكن يؤل الى اللزوم

اذ

البايع

الثمن

كمال الجعاله قبل فعل ما شرط وكمال السبق والرماية على تردد المشبه به المشار اليه بذا يمكن كونه الحكم بالصحه
في السابق وهو ضمان الثمن في مدة الخيار لمناسبه مال الجعاله والسبق له في التزلزل وكون مالهما الى اللزوم
لان المقصود بالذات في السابق هو ذلك واما قوله ولو كان قبله لم يصح فانه كالتتمة والرديف للسابق
ويمكن كونه هو هذا القريب وهو عدم الصحه لقربه وكلاهما جايز للخلاف في المسئلتين المشبهتين وكذا
قوله على تردد يمكن تعلقه بالمسئلتين معا وبالاخيره وهي حكم مال السبق والرمايه والاول منهما اوضح وبالاخيره
ومحصل الحكم ان عقد الجعاله من العقود الجائزة ويصح لكل من الجاعل والعامل فسخه قبل العمل وبعده
ومن احكامه ان العامل لا يستحق المال المجعول الا بتمام العمل ولو بقي منه شيء وان قل فليس له شيء بخلاف
الاجارة حيث ان اجرتها موزعة على العمل بالنسبه فضمان ماله ان كان بعد تمام العمل فلا ريب في
صحته للزومه حينئذ للجاعل وان كان قبله فقد اطلق المصنف الحكم بالصحه على الاول والبطلان على
الثاني ووجه الصحه انه وان كان عقدا جائزا والمال فيه ليس بلازم حينئذ الا انه يؤول الى اللزوم
بتمام العمل وقد وجد سبب اللزوم وهو العقد فيكون كالثمن في مدة الخيار وفيه نظر
لمنع وجود السبب فانه العقد والعمل معا لا العقد وحده وانما العقد جزء السبب ولم يحصل
به ثبوت ولا لزوم فان ما بقي من العمل او مجموعه على تقدير عدم الشروع فيه لم يستحق بسببه شيء
وما مضى منه كذلك لانه لو ترك الباقي لم يستحق شيئا فيكون الباقي بمنزلة الشرط في استحقاق
الجميع والفرق بينه وبين الثمن في مدة الخيار واضح لان الثمن حينئذ ثابت في ذمة المشتري مملوك للبايع
غاية ما في الباب انه متزلزل وما له لو ابقى على حاله من غير فعل اصلا آل الى اللزوم بخلاف الجعاله مال م
فانه لا ثبوت له اصلا الى ان يكمل الفعل فالمتجه عدم الجواز نعم في قوله تعالى ولمن جاء به حمل
بعير وانا به زعيم دلالة على جواز ضمان مال الجعاله قبل العمل لانه ضمنه قبله وقد استدل
الفقهاء بهذه الآية على مسائل من الجعاله والضمان فليكن هذا منها الا ان في البحث في ذلك
مجالا وفي التذكرة قطع بعدم الجواز قبل الشروع في العمل لانه ضمان ما لم يجب واستقرب الجواز

لوكان

لو كان بعد الشروع واما مال السبق والرمايه فلا شبهه في جواز ضمانه بعد العمل كما مر واما قبله فيبنى على انه
هل هو جعاله او اجاره وفيه خلاف ياتي ان شاء الله تعالى والاقوى انه عقد لازم كيف كان فيلزم
المال فيه بالعقد ويصح ضمانه وقول المص كمال السبق والرمايه اراد به قبل كمال العمل لانه من امثلة ما
يؤول الى اللزوم وقد ظهر ان التردد يجوز كونه في الامرين معا وان عطفهما على الحكم بالصحه اولى نظرا
الى قوله لكن يؤول الى اللزوم فان فيه ايماء الى وجه الصحة وهل يصح ضمان مال الكتابه قيل لا
لانه ليس بلازم ولا يؤول الى اللزوم ولو قيل بالجواز كان حسنا لتحققه في ذمة العبد كما لو ضمن عنه
مالا غير مال الكتابه القول بعدم الصحه للشيخ رحمه الله بناء على ان الكتابه المشروطة غير لازمه
من قبل العبد فلا يكون لازما في الذمة ولا يؤول الى اللزوم لانه لو عجز نفسه رجع رقا وبطلت الكتابه
والضمان فرع المضمون عنه والاصح انها لازمه مطلقا فيصح ضمان مالها ولو تنزلنا الى الجواز
فالصحه متجهة ايضا لان المال ثابت في ذمة المكاتب بالعقد غايته انه غير مستقر كالثمن في مدة
الخيار وعلى هذا فمتى ضمنه ضامن انعتق لانه في حكم الاداء بناء على انه ناقل وامتنع التعجيز
كما لو ادى المال بنفسه وبهذا يحصل الفرق بينه وبين الثمن في مدة الخيار فان اداء الثمن لا يمنع الخيار
وغاية الضمان انه قبض فلا يمنع بطريق اولى ومن هنا اشكل الجواز على تقدير الجواز لانه
يؤدي الى اللزوم قهرا على المكاتب بناء على عدم اشتراط رضا المضمون عنه في صحة الضمان وينافي
الغرض من بناء الكتابه على الجواز من طرف المكاتب واعلم ان موضع الخلاف الكتابة
المشروطه كما بيناه اذ لا خلاف في لزوم المطلقه فاطلاقها من المص غير جيد
ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجه لاستقرارها في ذمة الزوج دون
المستقبلة لما كانت نفقة الزوجه تستقر في الذمه لفواتها لانها عوض عن التمكين
وتجب في كل يوم حاضر بطلوع فجره صح ضمانها في الحالين بخلاف المستقبله كنفقة الشهر
المستقبل فانها غير واجبه لاشتراطها بالتمكين وهو ليس بحاصل في زمن لم يقع بعد ولا يصح ضمانها

وقوله لاستقرارها فى ذمة الزوج يتم فى الماضية قطعا واما الحاضرة فلا اشكال فى وجوبها وثبوتها فى الذمة
مع التمكن اما استقرارها فعسه نظر مبنى على انها لو نشزت فى اثناء النهار هل يسترد نفقة ذلك اليوم
ام لا وفيه خلاف ياتى ان شاء الله الكلام فيه اما لو ماتت او طلقها استقرت واحترز بنفقة الزوجة
عن نفقة الاقارب فان ضمان الفائت منها لا يستقر فى الذمة فلا يصح ضمانه والفرق بينها وبين نفقة
الزوجة ان الغرض منها البر والصلة والمواساة فيفوت بفوات الوقت بخلاف نفقة الزوجة
فانها معاوضة فسبيلها سبيل الدين وضمان المستقبل منها اولى بعدم الصحة واما الحاضرة فالاولى
صحة ضمانها لوجوبها بطلوع الفجر لكن وجه وان عرض لها بعد ذلك الزوال لو تركت التمكن
وفى ضمان الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد تردد والاشبه الجواز ضمان
هذه الاعيان اما ان يكون على تكليف الضامن بردها اعيانها الى مالكها او بمعنى ضمان قيمتها لو تلفت صح نـ
عند الغاصب والمستام ونحوهما او الاعم منهما وفى صحة الكل تردد منشاه وجود سبب الضمان للعين والقيمة
وهو القبض المخصوص فيصح اما الاول فلانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه واما الثانى فلثبوت القيمة
فى ذمة الغاصب ونحوه لو تلفت ومن ان الثابت فى الاول هو وجوب الرد وهو ليس بمال والثانى
ليس بواقع فهو ضمان ما لم يجب وان وجد سببه لان القيمة لا تجب الا بالتلف ولم يحصل والاولى
عدم الجواز وفى ضمان القسم الاول فساد من وجه آخر وهو انه من خواص الضمان كما قد عرفت
من انتقال الحق الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه وهنا ليس كذلك لان الغاصب مكلف بالرد
ومخاطب به اجماعا وانما يفيد هذا الضمان ضم ذمة الى ذمة وليس من اصولنا ولو ضمن
ما هو امانة كالمضاربة والوديعة لم يصح لانها ليست مضمونة فى الاصل اشار بالتعليل الى الفرق
بينها وبين ما سبق حيث جوز ضمانه على بعد من تلفه مع انه ليس بواقع ووجه الفرق ان سبب
الضمان حاصل فى تلك لا فى العادية بخلاف هذه لانها ليست مضمونة وان فرض ضمانه لها على
تقدير التعدى لان السبب الان ليس بواقع نعم لو كان قد تعدى فيها لحكمها حكم السابقة بل هى
جملة افرادها

جملة افرادها لان البحث فيها عن ضمان الاعيان المضمونة اعم من كونها مضمونة بالاصل والعارض
نعم فى قول المص ليست مضمونة فى الاصل اشعار بعدم دخول التعدى فى السابق لانه ليس بمضمون
فى الاصل لكنه لا يخلو من تجوز ويمكن ان يريد بالاصل ما يعم حالة الضمان بمعنى ان ما ليس مضمونا فى اصل عقد
الضمان اى فى وقته لا يصح ضمانه ولا بد من التكلف ولو ضمن ضامن ثم ضمن عنه آخر وهكذا
الى عدة ضمنا كان جايزا لا شبهة فى جواز ترامى الضمان متعددا لما امكن لتحقق الشرط وهو ثبوت
المال فى ذمة المضمون وهو هنا كذلك ويبقى حكم رجوع كل ضامن بما اداه على مضمونه لا على الاصل
اذا ضمن باذنه الى آخرها يعتبر ثم يرجع الاول الضامن على الاصل بالشرط وهكذا ولا عبرة باذن الاصل
للثانى وما بعده فى الضمان فلا يرجع عليه به اذ لا حق عليه الا ان يقول له اضمن عنه ولك الرجوع
على وهذه المسئلة من فروع القول بالانتقال والضم ويتفرع على القولين فروع جليلة كما يصح
ترامى الضمان يصح دوره بان يضمن الاصل ضامنه او ضامن ضامنه وان تعدد لعدم المانع ويسقط تعدد
بذلك الضمان ويرجع الحق كما كان نعم يترتب عليه احكامه كما لو وجد المضمون له الاصيل
الذى صار ضامنا معسرا ونحو ذلك فان له الفسخ والرجوع الى الضامن السابق وقد يختلفان بان يضمن
الحال مؤجلا وبالعكس وخالف فى ذلك الشيخ رحمه الله محتجا باستلزامه صيرورة الفرع اصلا والاصل
فرعا وبعدم الفائدة وضعفه ظاهر فان الاختلاف فى الاصلية والفرعية لا يصلح للمانعية
والفائدة موجودة كما ذكرناه ولا يشترط العلم بكمية المال ولو ضمن ما فى ذمته صح على الاشهد
للاصحاب فى ضمان المجهول الذى يمكن استعلامه بعد ذلك قولان اشهرهما الجواز للاصل
ولا طلاق قوله صلى الله عليه وآله الغريم غارم ولظاهر قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير
وانا به زعيم مع اختلاف كمية الحمل ولان الضمان عقد لا ينافيه الغرر لانه ليس معاوضة
لجوازه من المتبرع وضمان العهدة والقول الآخر بالمنع لان اثبات مال فى الذمة لادمى فلا يصح
فى المجهول كالبيع وبعض الاقرار وموضع الخلاف ما يمكن العلم فيها بعد ذلك كما لو ضمن الذى الدين ٤

عليه والثمن ما باع من فلان واليه اشار المصنف بقوله ولو ضمن ما في ذمته صح اما لو لم يمكن الاستعلام لم يصح
الضمان قولا واحدا كما لو قال ضمنت لك شيئا من مالك على فلان لصدق الشيء على القليل والكثير واحتمال لزوم اقل ما
يتناوله الشيء كالاقرار يندفع بانه ليس هو المضمون وان كان بعض افراده ويلزم ما تقوم به البينة
ان كان ثابتا في ذمته وقت الضمان لا ما يوجد في كتاب ولا ما يقر به المضمون عنه ولا ما يحلف عليه
المضمون له برد اليمين هذا تفريع على صحة ضمان المجهول فانه حينئذ يلزمه ما ثبت بالبينة ان كان لازما
للمضمون عنه وقت الضمان لا ما يتجدد لانه لم يتعلق به الضمان لا ما يوجد به كتاب ودفتر لعدم ثبوته
في ذمته وانما يلزم الثابت ولا ما يقر به المضمون عنه لان اقراره انما ينفذ على نفسه لا على غيره ولا على ما
يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه لان الخصومة حينئذ مع الضامن والمضمون عنه فلا يلزمه ما يثبت
بمنازعة غيره كما لا يثبت ما يقر به نعم لو كان الحلف برد الضامن ثبت عليه ما حلف عليه واطلاق المص
عدم الثبوت بما يحلف عليه برد اليمين منزل على الاول هذا محصل الحكم وفي المسئلة اقوال أُخر
منها لزوم ما اقر به الغريم ايضا ذهب اليه ابو الصلاح وابن زهرة ومنها لزوم ما
يحلف عليه المضمون له من غير تقييد وهو قول المقنعة ومنها تقييده برضا الضامن وهو قول
الشيخ ويمكن رده الى الاول بحمل الرضا على الرد وان كان اعم منه وفي المحلف بني ذلك على ان يمين المدعي
هل هي كالبينة او كاقرار المنكر ويثبت على الضامن ما حلف عليه على الاول دون الثاني الا ان يوسف الضامن بها
ورد بان كونها كالبينة انما هو في حق رادّ اليمين كما انها اذا كانت كالاقرار يكون كاقراره فلا يلزم الضامن
على التقديرين اذا لم يرد ايضا وقد مضى ما في الرضى ويمكن دفعه بان البينة لا فرق فيها بين ان يكون المنازع المضمون عنه
او الضامن لان الحق يثبت بها مطلقا بخلاف الاقرار فانه لا يثبت الا على المقر فالبناء عليها متجه
اما لو ضمن ما تشهد به عليه لم يصح لانه لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان فقد علم
ان شرط صحة الضمان تعلقه بالدين الثابت في الذمة وقت الضمان على ما فيه من الخلاف فلو ضمن
ما يجدد في ذمته لم يصح لانه ضمان ما لم يجب وصح فضمانه لما تشهد به عليه يشمل ما كان ثابتا اللوم
في ذمته

١٤٧

في ذمته وقت الضمان وما يجدد فلا يصح اذ لا يدل على ضمان المتقدم لان العام لا يدل على الخاص فعلى هذا لو
صرح بقوله ما تشهد عليه انه كان ثابتا في ذمته وقت الضمان ولا مانع من الصحة كما لو ضمن ما في ذمته ولزمه
ما تقوم به البينة ان كان ثابتا وصح تعليله بقوله لانه لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان لا يخلو من قصور
لانه يقتضي انه لو ضمن بهذه الصورة وثبت كون المشهود به كان في الذمة وقت الضمان صح والحال انه مثل ذلك
لا يصح لعدم وقوع صيغة الضمان موقعها كما عرفت فالتعليل منزل على ذلك لان المضمون لما كان للاعم من
الثابت وقت الضمان ومن عدمه لم يدل على احد الامرين بخصوصه فلا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان
اي لم تعلم ارادة الثابت من الصيغة وهكذا علل في القواعد والمختلف وغيرهما ونبه بالمنع من هذه الصيغة
على خلاف الشيخ رحمه الله حيث ذكر في المبسوط ما يدل على جواز ذلك ويمكن ان لا يكون حكاية لقول آخر
بل يريد به ما ذكرناه سابقا من جواز ضمان ما تقوم به البينة ان كان ثابتا وقت الضمان في ذمته
المديون اذا ضمن عهدة الثمن لزمه دركه في كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من راس
لا فرق بين ضمان العهدة وغيره في اشتراط ثبوت الحق في ذمة المضمون عنه وقت الضمان فاذا ضمن
عهدة الثمن للمشتري عن البايع اذا كان قد قبضه البايع اعتبر كونه ثابتا في ذمته ولو في نفس الامر
وذلك على تقدير ظهور المبيع مستحقا للغير ولم يجز المالك البيع او اجازه ولم يرض بقبض البائع الثمن
ومثله ما لو تبين خلل في البيع اقتضى فساده كتخلف شرط فيه او اقتران شرط فاسد فان ضمان الثمن
للمشتري يصح في جميع ذلك لما تقدم من العلة وفي الحقيقة هذا فرد من افراد ضمان الاعيان المضمونة
على تقدير كونه موجودا على حاله الضمان وقد تقدم ما في ضمان الاعيان والمص انما رتب الحكم على مذهبه
هناك او ان هذا الفرد خارج من البين لمكان الضرورة فان ظاهرهم الاطباق على جوازه واعلم ان العهدة
في الاصل اسم للوثيقة او للكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه مقدار الثمن واحواله من وصف
وحلول وتاجيل ثم نقل الى نفس الثمن وغلب فيه كذا في التحرير وغيره وفي الذكرى سمي ضمان العهدة لالتزام
الضامن ما في عهدة البايع رده او لما ذكره في الصحاح فقال يقال في الامر عهدة بالضم اي لم يحكم بعد
وفي عقله عهدة اي ضعف فكان الضامن ضمن ضعف العقد والتزم ما يحتاج اليه فيه من غرم

يصح (margin)

هنا (margin)

هنا (margin)

وذلك على تقدير رضا البيع ... (vertical marginal note, largely illegible)

او ان الضامن الزم رجعه المشتري عليه عند الحاجة ويسمى ايضا ضمان الدرك قال في الصحاح الدرك
التبعة وقيل سمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند ادراك المستحق عين ماله   اما لو تجدد الفسخ بالتقايل
او تلف المبيع قبل القبض لم يلزم الضامن ورجع على البايع   لما كان شرط الضمان اشتغال الذمة بالمضمون على احد
الوجوه السابقة كان المعتبر في ضمان العهدة وجود الضمان للعين حالته فلا عبرة بالمتجدد بعد ذلك كالفسخ بالتقايل
وتلف المبيع قبل القبض والفسخ بخيار المجلس والحيوان بالشرط ونحوها فانه حالة الضمان لم يكن فاسدا فلم يكن
مضمونا فضمانه على هذا الوجه ضمان ما لم يجب فلا مدخل في مطلق ضمان العهدة ولا يصح على تقدير التصريح به
والمراد من العبارة الاول واعلم ان في التذكرة بنى حكم تلف المبيع قبل القبض على ان التلف هل يبطل العقد
من حينه او من اصله فعلى الاول لا يتناوله الضمان وعلى الثاني يتناوله فيطالب الضامن وفيه نظر لانا وان
حكمنا بكونه مبطلا من اصله لكن هذا حكم لاحق للضمان فان المبيع حالته كان ملكا للمشتري ظاهرا وفي نفس
الامر فلا يتناول الضمان الثمن لانه لم يكن لازما للبايع مطلقا وانما التلف الطاري كان سببا في حكم الله تعالى
بعود الملك الى صاحبه من اصله   وكذا لو فسخ المشتري بعيب سابق   اي لا مدخل لذلك في ضمان العهدة
فلا يلزم الضامن الثمن على تقدير الفسخ بالعيب بل يطالب البايع لان فسخ العيب انما يبطل العقد من حينه
لا من اصله فلم يكن حالة الضمان مضمونا كالسابق وحينئذ لو صرح بضمانه فسد لانه ضمان ما لم يجب
وربما قيل بدخول هذا الفرد في الاطلاق وصحة ضمانه لتقدم سبب الفسخ وهو العيب الموجود حال
البيع ودعا الحاجة اليه وهذا على تقدير صحته يجب تقييده بعيب سابق والا فقد يصح الفسخ
بعيب لاحق كما لو وقع قبل القبض او في الثلاثة كما سبق وهذا لا يكون موجودا حال الضمان الواقع
عند البيع فيكون كالمتجدد من الاسباب لا يصح ضمانه قولا واحدا والاصح عدم دخوله في الضمان
مطلقا كما اختاره المص رحمه الله   اما لو طالب بالارش رجع على الضامن لان استحقاقه ثابت
عند العقد وفيه تردد   اشار بالتعليل الى الفرق بين الارش والثمن حيث يدخل الارش في ضمان العهدة
دون الثمن على تقدير الفسخ بالعيب فان الثمن انما يجب بالفسخ اللاحق للضمان كما تقدم اما الارش
فانه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان فيندرج في ضمان العهدة لكنه مجهول القدر فينبغي بناؤه

على صحة

على صحة ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه الا ان يختص ضمان العهدة بحكم زايد كما خرج من حكم ضمان
الاعيان المضمونة ومثله ما لو ظهر نقصان الصنجة التي وزن بها الثمن او المثمن حيث نقض عهدته او
صرح بدخوله لوجود ذلك حالة الضمان في نفس الامر ومنشأ التردد في الارش مما ذكر ومن ان الاستحقاق
تعين
له انما يحصل بعد العلم بالعيب واختيار اخذ الارش والموجود حال العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين
الارش بل التخيير بينه وبين الرد فلم يتعين الارش الا باختياره ولو قيل انه احد الفردين الثابتين على وجه
التخيير فيكون كافراد الواجب المخير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره ويوصف هذا بالثبوت قبل
اختياره لزم مثله في الثمن لانه قسيمه في ذلك والحق ثبوت الفرق بينهما فان الثمن ما وجب الا بالفسخ
واما الارش فانه كان واجبا بالاصل لانه عوض جزء فايت من مال المعاوضة ويكفي في ثبوته بقاء
المشتري على الشرا وانما ينتقل الى الثمن بامر اخر حيث لم يسلم له المبيع تاما ومحصل الاشكال
يرجع الى ان الارش هل هو ثابت بالعقد وانما يزول بالفسخ والرجوع الى الثمن او ان سببه وان
كان حاصلا لا يثبت الا باختياره ويظهر الفائدة فيما لو لم يعلم بالعيب او علم ولم يطالب فهل يبقى ذمة
من انتقل عنه المعيب مشغولة بالارش ام لا وقد تقدم في باب السلم لهذه المسألة مزيد بحث
الباقي
اما لو خرج بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق وكان الباقي بالخيار فان فسخ رجع على البايع بما قابله
ثمنه
خاصة   اذا ظهر بعض المبيع مستحقا فذلك البعض كان ثمنه ثابتا في ذمة البايع حالة الضمان فيصح ضمانه فيطالب
الضامن بحصته من الثمن ان لم يجز مالكه ثم ان فسخ المشتري في الباقي لتبعيض الصفقة طالب بثمنه
بالجميع
البايع لعدم تناول الضمان له وخالف في ذلك الشيخ رحمه الله فجوز الرجوع على الضامن بالجميع لوجود
سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب ونحن لما ابطلنا الحكم في العيب فهنا اولى نعم من قال به
ذلك
فعليه بيان الفرق بين الامرين فان تبعيض الصفقة الذي هو سبب الفسخ كان متحققا قبل البيع والعلامة
رده بان سبب الاستحقاق هو الفسخ لا الاستحقاق الذي كان في بعضه وفيه نظر
اذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث من بناء او غرس لم يصح لانه ضمان ما لم يجب   المراد انه ضمن

للمشتري ضامن عن البائع بدرك ما احدثه في الارض التي اشتراها من بناء او غرس لو ظهرت الارض مستحقة وقلع
المالك بناءه وغرسه والمراد بدركه بذلك تفاوت ما بين قيمته ثابتا ومقلوعا فان هذا الضمان لا يصح فلا يستحق الرجوع عليه
لو ظهر الاستحقاق وقلع لانه ضمان ما لم يجب لانه حين الضمان لم يكن مستحقا للارش على البائع انما استحقه بعد القلع
ولكن سببه كان موجودا وقت الضمان وهو كون الارض مستحقة للغير فينبغي جريان الاحتمال السابق فيها ومن
ثم ذهب بعض العامة الى جواز الضمان هنا بناء على اصله السابق   وكذا لو ضمنه البائع والوجه الجواز
لانه لازم بنفس العقد لا لانه اراد ارشه اذا كان له وان لم يضمن كان ضمانه تاكيدا وفيه نظر فانه لا يلزم من ضمانه
لكونه مانعا مسلطا له على الانتفاع مجانا ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتا
حال الضمان فعدم الصحة اقوى وح فالخلاف ليس في ثبوت ذلك على البائع ام لا فانه ثابت بغير اشكال بل في
ثبوته بسبب الضمان وتظهر الفائدة فيما لو اسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع فيبقى له الرجوع عليه بسبب
الضمان لو قلنا بصحته كما لو كان له خياران فاسقط احدهما فانه يفسخ في الآخر ان شاء وفيما لو كان قد شرط على البائع
في عقد البيع ضمانا بوجه صحيح فان صححنا هذا اكتفي في الوفاء بالشرط وان لم يحصل للمشتري نفع جديد فقد ظهر
ان هذا الضمان قد يثمر فائدة اخرى غير التاكيد لو قلنا بصحته وبه يظهر ضعف تعليل جوازه بكونه ثابتا ضمن
ام لم يضمن لان هذه الفوائد الاخر لم يكن ثابتة لو لم يضمن   اذا كان له على رجلين مال فضمن كل واحد
منهما ما على صاحبه تحول ما كان على كل واحد منهما الى صاحبه الخ   لا اشكال في صحة هذا الضمان لان كل واحد جامع
لشرائط الصحة ثم ان تساوى المالان وكان ضمان كل واحد بسؤال الآخر ولم يتغير وصف الدين بالحلول والتاجيل
فقائدة هذا الضمان تعاكسهما في الاصالة والفرعية ويترتب عليه ما لو ابرأ المضمون له احدهما فانه يبرأ الآخر وتقول
المصنف لو ابرأ الغريم احدهما برئ مما ضمنه دون شريكه يريد ان شريكه لا يبرأ مما ضمنه لكن يبرأ مما كان عليه لاقتضاء
الضمان ذلك وتظهر الفائدة ايضا في انفكاك الرهن الذي كان على الدينين او على احدهما لان الضمان بمنزلة الاداء وان
اختلفا باحد الوجوه المذكورة ظهرت فوائد اخر اذ قد يضمن المؤجل حالا وبالعكس او يكون احدهما ايسر ويضمن الاكثر
او يكون احدهما متبرعا ونحو ذلك وانما يتحول ما كان على كل واحد الى صاحبه مع ضمانهما دفعة ورضا المضمون له بهما

فلو ردّ احدهما

فلو رد احدهما بطل واجتمع على الآخر الحقان وكذا لو ضمنا على التعاقب اجتمعا على الاخير وعلى قول من جعله
ضم ذمة الى ذمة يشتركان في المطالبة لكل واحد منهما   اذا رضي المضمون له من الضامن ببعض المال او ابرأه
من بعضه لم يرجع على المضمون عنه الا بما اداه   قد تقدم ان الضامن انما يرجع على المديون مع ضمانه باذنه
وعلى تقديره فانما يرجع بما اداه ان لم يزد على الحق والا رجع بالحق فالضابط انه يرجع باقل الامرين مما اداه ومن الحق
في كل موضع له الرجوع ولا فرق عندنا في رجوعه بالبعض الذي اداه بين كون الزائد سقط عنه بابراء المضمون له
وغيره خلافا لبعض العامة حيث جوز له الرجوع بالجميع لو ابرأه او من بعضه لانه هبة ومسامحة من رب
الدين للضامن خاصة نعم لو قبض منه الجميع ثم وهبه بعضه جاز رجوعه به لصدق اداء الجميع وكذا لو وهبه
الجميع   ولو دفع عرضا عن مال الضمان رجع باقل الامرين من قيمته ومن الدين ولا فرق في ذلك بين ان
يكون قد رضي المضمون له بالعرض عن دينه بغير عقد وبين ان يصالحه الضامن به عن دينه فلو كان ثوبا يساوي مائة
وصالحه به عن الدين وهو مائتان لم يرجع الا بقيمة الثوب هذا اذا جرى البيع على العرض بنفس المال المضمون
اما لو صالحه عليه في المثال بمائتين مطلقا ثم تقاصا فالمتجه جواز رجوعه بالمائتين لانهما ثبتت له في ذمته
بغير استيفاء وانما وقع الاداء بالجميع ويحتمل الرجوع بقيمته خاصة لان الضمان وضع للارتفاق وتوقف
في التذكرة في ذلك   اذا ضمن عنه دينارا باذنه فدفعه الى الضامن وقد قضى ما عليه ولو قال ادفعه الى المضمون
له فدفعه فقد برئا ولو دفع المضمون عنه الى المضمون له بغير اذن الضامن برئ الضامن والمضمون عنه   قد عرفت
ان الضامن لا يستحق عند المضمون عنه شيئا الى ان يؤدي مال الضمان فاذا اشترى المديون ودفع الدين الى
الضامن فقد تبرع بالاداء قبل وجوبه فلا يستحقه الضامن وليس له التصرف فيه نعم له دفعه في الدين
تبعا للاذن وقول المصنف فقد قضى ما عليه قد يوهم خلاف ذلك وان يكون بمنزلة اداء الدين وليس كذلك
وانما المراد انه يخلص من الحق لان الضامن ان دفعه فقد برئ وان لم يدفعه كان في يده مساويا للحق الى ان
يؤدي فياخذه من دينه وان ابرئ من الدين او بعضه وجب عليه رد ما قابله الى المديون فالمديون قد قضى
ما عليه على كل حال ولكن هذا انما يتم مطلقا على تقدير ان يكون المعوض في يد الضامن مضمونا عليه والا لامكن

ان تلف في يده من غير تفريط فلا يكون المديون في هذه الصورة قد قضى ما عليه وليس ببعيد كونه مضمونا كالمقبوض
بالسوم ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي واستشكل في التذكرة كونه مضمونا بعد ان حكم به نعم لو قال المديون
للضامن اقض به ما ضمنت عني فهو وكيل والمال في يده امانة والفرق بينه وبين ما سبق واضح لانه دفعه في السابق
اليه اما مطلقا او انه الحق المضمون وعلى التقديرين ليس يستحق عليه للضامن بخلاف قوله اقض به ما ضمنت لانه وكاله
في قبضه ودفعه وضمير قوله ولو قال يعود الى الضامن اي قال الضامن للمضمون عنه ادفعه انت الى المضمون له ما دفعه
تقديرا اما الضامن فلو فاداه واما المضمون عنه فلان الضامن لم يغرم فلا يرجع عليه ويمكن اعتبار التقاص القهري
لثبوت ما دفعه المديون في ذمة الضامن لانه المديون وقد اذن في وفائه وثبوت مثله في ذمة المضمون عنه لاداءه
فيتقاصان واما لو دفع المضمون عنه الى المضمون له بغير سؤال الضامن فانه يكون متبرعا عليه ووفاء دينه فيبرئ
الضامن ولا يرجع عليه الدافع لتبرعه فلا يرجع هو لعدم غرامته [illegible] معا ايضا كالسابق لكن الاعتبار
محلف   اذا ضمن باذن المضمون عنه ثم دفع ما ضمن وانكر المضمون له القبض كان القول قوله مع يمينه
لاصالة عدم القبض وح فلا يرجع الضامن على المضمون عنه بشئ لعدم تحقق غرمه واستحقاقه الرجوع مشروط
به ولا فرق في ذلك بين ضمانه بالاذن وعدمه وانما قيد بالاذن ليترتب عليه الاحكام الآتية اذ لا رجوع مع عدمها مطلقا
ولا رجوع   فان شهد المضمون عنه للضامن قبلت شهادته مع انتفاء التهمة على القول بانتقال المال لما كان
المضمون عنه مع اذنه في الضمان يثبت عليه ما يغرمه الضامن وشهادته له بالاداء شهادة على نفسه وشهادة لغيره
فيسمع الا ان يعرض عليه تهمة في الشهادة بحيث يفيده فائدة زائدة على ما يغرمه فترد وقد ذكروا التهمة في صور
منها ان يكون الضامن قد صالح على اقل من الحق فيكون رجوعه انما هو بذلك فشهادة المضمون عنه له به
تجر الى نفسه نفعا فان ذلك اذا لم يثبت بقي مجموع الحق في ذمة الضامن وفيه نظر لانه يكفي في سقوط
الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك ولا حاجة الى الثبوت بالبينة كما سيأتي فيندفع التهمة
فتقبل الشهادة ومنها ان يكون الضامن معسرا ولم يعلم المضمون له باعساره فان له الفسخ حيث لا
يثبت الاداء فيرجع على المضمون عنه فيدفع بشهادته عود الحق الى ذمته   ومنها ان يكون
الضامن قد تجدد عليه الحجر للتفليس وللمضمون عنه عليه دين فانه يوفر بشهادته مال الضامن

ولا فرق

ولا فرق في هاتين الصورتين بين كون الضامن متبرعا وبسؤال لانه فسخ الضمان يوجب العود على المديون
على التقديرين اما الاولى فهي مخصوصة بالضامن بسؤال ليرجع بما غرمه وانما يسمع الشهادة لو وجد على القول
بكون الضمان ناقلا كما هو المذهب فلو قلنا بانه ضم الذمة خاصة لم يسمع مطلقا وقول المص على القول
بانتقال المال يشعر بان لاصحابنا قولا بعدمه وفيما تقدم اشارة اليه ايضا وهو نادر   ولو لم يكن مقبولا
حلف المضمون له وكان له مطالبة الضامن مرة ثانية ويرجع الضامن على المضمون عنه بما اداه اولا   عدم قبول
شهادة المضمون عنه اما لعدم عدالته او للتهمة وح فالقول قول المضمون له لما تقدم والمراد انه
لم يكن بينة غيره وح يرجع على الضامن بالحق وكونه مرة ثانية بالنسبة الى زعم الضامن والا فهي اولى عند
المضمون له وفي ظاهر الحال وانما يرجع الضامن على المضمون عنه بما اداه اولا لاعترافه بانه لا يستحق سواه ودعواه
ان الاداء الثاني ظلم وموافقة المضمون عنه له على ذلك ولا يخفى انه مشروط بمساواة الاول للحق او قصوره
والا رجع باقل الامرين لانه لا يستحق الرجوع بالزائد على الحق   ولو لم يشهد المضمون عنه رجع الضامن
بما اداه اخيرا لانه لم يثبت ظاهرا اداء سواه هذا اذا لم يزد على ما ادعى دفعه اولا ولا على الحق والا رجع
بالاقل من الثلثة لان الاقل ان كان هو ما غرمه اولا فلزعمه انه لا يستحق سواه وان الثاني ظلم وان كان الاقل
ما غرمه ثانيا فلانه لم يثبت ظاهرا سواه وان كان الاقل هو الحق فلانه انما يرجع بالاقل من المدفوع والحق
وفي حكم شهادة المضمون عنه اعترافه بالدفع الاول وان لم يشهد لما ذكر من الوجه بعينه ولو لم يشهد مقيدا
بعدم اعترافه ايضا ولو جعل مناط الحكم عدم تصديقه كان اجود لتناوله عدم الشهادة وغيره
اذا ضمن مريض في مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الاصح يمكن ان يكون الاصح منبها
على الخلاف في ان منجزات المريض هل هي من الاصل ام من الثلث واختياره للثاني كما سبق من مذهبه
ويمكن كونه اشارة الى ان الضمان هل يعد من التبرعات المنجزة ام لا ووجه اختيار كونه تبرعا
انه التزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضا فاشبه الهبة وعلى التقديرين انما يتم الحكم مع تبرعه
ح ص بالضمان اما لو ضمن بسؤال فهو كما لو باع بثمن المثل نسيئة فالوجه انه متى امكن الرجوع على
المضمون عنه فهو من الاصل وان لم يمكن لاعساره ونحوه فهو من الثلث ولو امكن الرجوع بالبعض فهو

كمع المحاباة سوقف على ما سوت من الثلث واحترز بقوله ومات فيه عما لو برى منه فانه يخرج من الاصل كالتبرع لو مات

بعد ذلك هذا كله مع عدم اجازة الورثة والا نفذ من الاصل   اذا كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصح وكذا

لو كان الى شهرين فضمنه الى شهر لان الفرع لا يرجح على الاصل وفيه تردد تقدم الكلام في ذلك وان لا دوى صحته

فيهما وهو مختار المصنف ثم ولكنه رجع من الجزم الى التردد او الى الحكم بخلافه   القسم الثاني في الحوالة   في الحوالة

قوله الحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله   الكلام في كون الحوالة عقدا او ثمرة العقد كما سبق

ونبه بقوله تحويل الى انها ناقلة للمال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ومنه سميت حوالة وقوله مشغولة

بمثله صفة للذمة المتحول اليها وهي ذمة المحال عليه وخرج به الحوالة على البرى من حق المحيل مع انه سيأتي

عن قريب القطع بجوازها على البرى ولا يسعه حكمه لكونها بالضمان اشبه فان رجحان الشبه لا يخرجها

عن كونها حوالة في الجملة ولعله عرف الحوالة المتفق على صحتها اذ الحوالة على البرى مختلف فيها والعلامة اسقط

في تعريفها القيد محاولة لادخال ذلك ولئلا ينتقض التعريف في عكسه ووقع فيما هو اصعب منه لشموله   الزوم

حد الضمان بالمعنى الاخص لان المال يتحول فيه من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فانتقض في طرده ٧

قوله ويشترط فيه رضى المحيل والمحال عليه والمحتال   اما اعتبار رضى المحيل والمحتال فموضع وفاق لان من

عليه الحق مخير في جهات القضاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهرا والمحتال حقه ثابت في ذمة المحيل

فلا يلزمه نقله الى ذمة اخرى الا برضاه واما المحال عليه فاشتراط رضاه هو المشهور بين اصحابنا بل ادعى

عليه الشيخ الاجماع ولانه احد من يتم به الحوالة فكان كالآخرين ولاختلاف الناس في الاقتضاء

والاستيفاء سهولة وصعوبة ولان نقل المال من ذمة المحيل الى ذمته يتوقف على رضاه ولاصالة

بقاء الحق في ذمة المحال عليه للمحيل فيستصحب وفيه نظر لان المحيل قد اقام المحتال مقام نفسه

في القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار الى رضاء من عليه الحق كما لو وكله في القبض منه بخلاف الآخرين

لما ذكرناه واختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحق ومن نصبه والتوقف على رضاه محل

النزاع فلا يحتج به مع انا نمنع من اقتضاء الحوالة النقل بل هي ابقاء لما في ذمة الغير ولا يعتبر في تعيينه

ولا يشترط فيه رضاه والاصل المذكور معارض باصالة عدم الاشتراط والاستصحاب انقطع

٢٠/٢ اثناه

١٤٩

بما ذكرناه خصوصا مع اتفاق الحقين جنسا ووصفا نعم لو كانا مختلفين وكان الغرض استيفاء مثل حق

المحتال توجه اعتبار رضاء المحال عليه لان ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة فلا بد من رضا المتعاوضين ومع ذلك

لو رضي المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه ليس هو على حد رضى الآخرين لان الحوالة عقد لازم من جملة العقود اللازمة

فلا يلتئم الا بايجاب وقبول فالايجاب من المحيل والقبول من المحتال ويعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما من اللفظ والمقارنة وغيرهما

واما رضى المحال عليه فيكفي كيف اتفق مقارنا ام متراخيا وربما اكتفي به متقدما لحصول الغرض المطلوب منه بذلك كله   ايضا ه

واعلم انه يستثنى من القول بعدم اعتبار رضاه ما لو كان بريا من حق المحيل فان رضاه معتبر اجماعا ويستثنى من

اعتبار رضا المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء فانه لا يعتبر رضا المحيل قطعا لانه وفاء دينه وضمانه بغير اذنه

والعبارة عنه حينئذ ان يقول المحال عليه للمحتال احلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي فيقبل ويشترط هنا رضا

المحتال والمحال عليه وهما ركنا العقد بخلاف رضا المحال عليه فيما تقدم لقيام العقد بغيره تأمل   قوله

ومع تحققها تحول المال الى المحال عليه ويبرأ المحيل وان لم يبرئه المحتال على الاظهر   هنا حكمان احدهما ان الحوالة

تفيد نقل المال وتحوله من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه وهو موضع وفاق منا ومن العامة الا من شذ منهم فانه

جعلها كالضمان وفساده ظاهر لان الحوالة مشتقة من التحول بخلاف الضمان فانه قد يشتق من الضم كما ادعوه

ويلزم كل ما يقتضيه لفظه وثانيهما ان المحيل يبرى من حق المحال بمجرد الحوالة سواء ابراه المحتال ام لا لدلالة التحول   واحده

عليه وهو المشهور وخالف فيه الشيخ وجماعة استنادا الى حسنة زرارة عن الباقر من عليهما السلم

في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل فيقول له الذي احتال برئت من مالي عليك قال اذا ابراه فليس له ان

يرجع عليه وان لم يبرئه فله ان يرجع على الذي احاله وحملت الرواية على ما اذا ظهر اعسار المحال عليه

حال الحوالة مع جهل المحتال بحاله فان له الرجوع على المحيل اذا لم يبرئه وعلى ما اذا اشترط المحيل البراءة فانه

يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر افلاس المحال عليه وهو حمل بعيد وعلى ان الابراء كناية عن قبول

المحتال الحوالة فمعنى قوله برئت من مالي عليك اني رضيت بالحوالة الموجبة للتحويل فبرئت انت فكنى عن

اللزوم باللازم وهكذا القول في قوله ولو لم يبرئه فله ان يرجع لان العقد بدون رضاه غير لازم فله ان

يرجع فيه   ويمكن ان يحمل على من ليس عليه دين لكن يكون ذلك بالضمان اشبه   هذا هو الاقوى

لاصالة الصحة وعدم الاشتراط وللشيخ رحمه الله قول بالمنع وآخر بالصحة ومبنى القولين على ان الحوالة هل هي استيفاء
او اعتياض فعلى الاول يصح دون الثاني لانه ليس على المحال شيء يجعل عوضا عن حق المحتال وان كان اشبه بالضمان لاقتضائه
نقل المال من ذمة مشغولة الى ذمة بريئة فكان المحال عليه بقبوله ضامن لدين المحتال على المحيل ولكنه بهذا الشبه لا يخرج عن
الحوالة فتلحقه احكامها   واذا احاله على الملي لم يجب القبول لان الواجب اداء الدين والحوالة ليست اداء
وانما هي نقل الدين من ذمة الى اخرى فلا يجب قبولها ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث اوجب القبول
لقول النبي صلى الله عليه وآله اذا احيل بحق على ملي فليحتل والخبر على تقدير صحته محمول على الاستحباب او الارشاد
لكن لو قبل لزم وليس له الرجوع ولو افتقر لان الحوالة توجب البراءة من الحق فلا يعود الا بسبب يوجبه
ولرواية عقبة بن جعفر عن الكاظم عليه السلم وخالف في ذلك جماعة من العامة وكما لا رجوع لو افتقر
كذا لو تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر   اما لو قبل الحوالة جاهلا بحاله ثم بان فقره وقت الحوالة كان
له الفسخ والعود على المحيل لا فرق في ذلك بين اشتراطه في متن العقد يساره وعدمه لرواية منصور بن حازم
عن الصادق عليه السلم ولما فيه من الضرر والتغرير به والمراد بالفقر هنا الاعسار وان كان اعم منه والا فيجوز
كونه فقيرا بالمعنى المتعارف وموسرا بالمعنى المعتبر في الدين والمعتبر باساره واعساره وقت الحوالة فلو كان
مليا ثم تجدد له الاعسار فلا خيار ولو انعكس بان كان معسرا ثم تجدد له اليسار قبل ان يفسخ المحتال ففي
زوال الخيار وجهان من زوال الضرر وثبوت الخيار قبله فيستصحب وهو اقوى لان الموجب
للخيار ليس هو الاعسار مطلقا ليزول بزواله بل الاعسار وقت الضمان وهو متحقق فيثبت حكمه
واذا احال بما عليه ثم احال المحال عليه بذلك الدين صح وكذا لو ترامت الحوالة كما يصح الحوالة الاولى لاجتماع
شرائط الصحة تصح الثانية لان ذلك يحقق الشرط وهو اشتغال ذمة المحال عليه بدين المحتال وغيره من
الشروط ومتى احال المحال عليه بري كالاول وهكذا لو تعدد وهو المراد بالترامي بان احال المديون زيدا
على عمرو ثم احال عمرو زيدا على بكر ثم احال بكر زيدا على خالد وهكذا وهنا قد يتعدد المحال عليهم
والمحتال واحد وكما يصح ترامها يصح دورها كالضمان بان يعود الى المحيل الاول بان يكون ذمته مشغولة
بدين لمن احال عليه او مطلقا على المختار   واذا قضى المحيل الدين بعد الحوالة فان كان بمسئلة المحال عليه

رجع عليه

رجع عليه وان تبرع لم يرجع وبرئ المحال عليه   لما كانت الحوالة ناقلة للمال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه
صار المحيل بالنسبة الى دين المحتال بمنزلة الاجنبي لبراءته منه فاذا اداه بعدها كان كمن ادى دين غيره بغير اذنه يشترط
في جواز رجوعه عليه مسئلته والا كان متبرعا وبرئ المحتال عليه من الدين   ويشترط في المال ان يكون معلوما
ثابتا في الذمة   احترز بالمعلوم عن المجهول عند المحيل كما لو احاله بما له من الدين ولا يعرف قدره فانه لا يصح للغرر ولان
الحوالة ان كانت اعتياضا عن المجهول كما لا يصح بيعه وان كان استيفاء فانه يمكن استيفاء المعلوم ويحتمل
على الثاني الصحة ويلزم ما تقوم به البينة كالضمان والثابت في الذمة ما ليس بثابت وان وجد سببه كمال الجعالة قبل
العمل فانه لا يصح احالة الجاعل به للمجعول له لعدم ثبوته اما احالة المجعول له به على الجاعل لمن عليه دين ثابت فانه جائز
بناء على جوازها على البري فالحاصل ان المعتبر ثبوته للمحتال في ذمة المحيل لا في ذمة المحال عليه ولا فرق في الثابت بين
كونه مستقرا وغيره كالثمن في مدة الخيار ويكون الحوالة مراعاة بالبقاء على البيع فلو فسخ بالخيار رفع بطلان الحوالة وجهان
مأتى الكلام عليهما في نظيره   سواء كان مثل الطعام او لا مثل له كالعبد   نبه بذلك على خلاف الشيخ في احد
قوليه وجماعة من عدم جواز الحوالة بالقيمي لكونها مجهولا وضعفه واضح فانه مضبوط بالوصف والواجب
فيه القيمة وهي مضبوطة ايضا تبعا لضبطه فالمانع مفقود وعموم الادلة يشمله   ويشترط
تساوي المالين جنسا ووصفا تفصيا من التسلط على المحال عليه اذ لا يجب ان يدفع الا مثل ما عليه وفيه
تردد   ذهب الشيخ وجماعة الى اشتراط تساوي المالين وهما المحال به والمحال عليه جنسا ووصفا لان حقيقة
الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فاذا كان على المحيل دراهم وله على المحال عليه دنانير
كيف يصير حق المحال على المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك فان الحوالة ان كانت استيفاء
كانت بمنزلة من استوفى دينه واقرضه المحال عليه وحقه الدراهم لا الدنانير وان كانت معاوضة
فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال او زيادة قدر
او صفة وانما هي معاوضة ارفاق ومسامحة للحاجة فاشترط فيها التجانس والتساوي في القدر
والوصف لئلا يتسلط على المحال عليه بما ليس في ذمته والمحقق في ذلك انا ان شرطنا رضا المحال
عليه وجوزنا الحوالة على البري كما اختاره المص فيهما فلا وجه للمنع اصلا لانه لو لم يكن على المحال عليه

ذلك الجنس يصح فاذا كان ورضي بعض الجايز بل بعض القول به متى اعتبرنا رضاه خاصة لان الحوالة ان كانت استيفاء كما هو

الظاهر فالاستيفاء جايز بغير الجنس وغيره مع التراضي وان كانت اعتياضا فكذلك لجواز المعاوضة على المجلسين وليست معاوضة

بيع حتى يعتبر التقابض ونحوه حيث يعتبر في البيع نعم قد يتوهم الحوالة على البري هنا ان الحق لم يتحول الى الدنانير وانما الزم المحال عليه

المحتال دنانير بدل الدراهم في ذمة المحيل فيعتبر في التقابض تراض جديد وهذا احسن لان الاول اجود لحصول التراضي سابقا على

تحول الحق الى ما في ذمة المحيل وح فالتسلط الذي هو من اسباب منعه مع التراضي وقد يحرر من ذلك ان القايل بعدم صحة ذلك

لا يمنع له مطلقا الا ان يقول بعدم جواز الحوالة على البري والا صحت الحوالة هنا الا انها تكون كالحوالة على من لا دين عليه لا انها تقع باطلة

مطلقا اذ لا يتصور عن تلك وان القايل باعتبار رضى المحال عليه لا يتوجه له القول هنا بالصحة سواء تحول الحق الى جنس المحال به

ام بقي كل واحد بحاله لتوقف كل واحد من القسمين على التراضي لان الاول استيفاء من غير الجنس ومعاوضة عليه

والثاني حوالة على البري وكلاهما مشروط بالرضا نعم لو قصد بالحوالة تحول حق المحتال الى ما في ذمة المحال عليه سقط

معه محذور التسلط الذي جعلوه مانعا وان الاقوى الصحة مع التراضي وتحول الحق الذي على المحال عليه الى جنس المحال به ووصفه

فلو احال عليه فقبل وادى ثم طالب باداه فادعى المحيل انه كان له عليه مال فانكر المحال عليه فالقول قوله مع

يمينه ويرجع على المحيل لما ثبت ان الحوالة جايزة على البري من دين المحيل على المحال عليه لم يكن باطلا بها بل يرتب دين

كذلك فاذا ادى المحال عليه وطالب بما ادى فانكر المحيل ثبوت دين عليه للمحيل فالقول قوله مع يمينه لاصالة البراءة ويرجع

على المحيل بما ادى ولو اعتبرنا في الحوالة شغل ذمة المحال عليه لم يقبل قوله في نفيه لا مقتضاها ثبوته فالمنكر وان كان معه

اصالة براءة ذمته من الدين الا ان ذلك يقتضي بطلان الحوالة على هذا التقدير ومدعي الدين يدعي صحتها ومدعي الصحة

مقدم ويمكن على هذا ان يقال بتساقط الاصلين ويبقى مع المحال عليه انه ادى دين المحيل باذنه فيرجع عليه

على التقديرين وهو حسن فان قيل الاذن في الاداء انما وقع في ضمن الحوالة فاذا لم يحكم بصحتها لا يبقى الاذن

مجردا لانه تابع فيستحيل بقاؤه بدون متبوعه قلنا الاذن وان كان واقعا في ضمن الحوالة الا انه امر يتفقان

على وقوعه وانما يختلفان في امر آخر فاذا لم يثبت لا يسقط ما قد وقع الاتفاق منهما عليه على ان في زوال الاذن

القسمي بزوال ما يثبت في ضمنه بحث ما يحتمله ان شاء الله في الوكالة المعلقة على شرط وفي قوله ادى ثم طالب

اشارة الى ان المحال عليه مع براءة ذمته لا يرجع على المحيل الا مع الاداء كالضامن لما تقدم من ان هذا القسم بالضمان اشبه

ويصح الحوالة

ويصح الحوالة بمال الكتابة بعد حلول النجم وهل يصح قبله قولان لا اشكال في جواز الحوالة بمال الكتابة بعد

حلول النجم لثبوته في ذمة المكاتب اما قبل الحلول فمنع الشيخ رحمه الله بناء على جواز تعجيز نفسه فله ان يمتنع من ادائه والاقوى

الجواز لمنع جواز التعجيز وعلى هذا فلا يعتق العبد بالحوالة لانها ليست في حكم الاداء بل في حكم التوكيل عليه بقبضها

وان امتنع فالا يكون الحوالة لازمة وح فلو اعتق السيد المكاتب بطلت الكتابة ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة

لان المال صار لازما له للمحتال والبطلان طار ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة ولو باعه السيد سلعة

فاحاله بثمنها جاز لان حكم المكاتب حكم الاحرار في المداينات فيثبت في ذمته للسيد ثمن ما اشتراه

منه ويصح له الحوالة للسيد بالثمن وانما خص البيع ولم يذكر حكم مطلق الدين مع اشتراكهما في المعنى للتنبيه

على خلاف الشيخ رحمه الله في مسئلة البيع حيث انه لم يصح الكتابة بناء على اصله من جوازها من جهته فمنع

استحقاق السيد شيئا على عبده بخلاف ما لو باعه اجنبي واحاله على المكاتب بثمنه فانه لا سبيل الى اسقاطه

ولو فسخت الكتابة فانه ثبت في ذمته ولو كان له على اجنبي دين فاحال عليه بمال الكتابة

صح لانه يجب تسليمه ضمير له يعود الى المكاتب والمحال هو السيد والمراد انه اذا كان للمكاتب دين على اجنبي

غير السيد فاحال سيده بمال الكتابة على ذلك الاجنبي الذي للمكاتب عليه دين صحت الحوالة لانه يجب على المديون

تسليم ما للمكاتب عليه اليه او الى من يرتضيه وح يبرأ ذمة المكاتب من مال الكتابة ويعتق لان الحوالة

بمنزلة الاداء سواء ادى المحال عليه المال الى السيد ام لا حتى ولو افلس به لم يتغير الحكم لان ما احاله به دين

ثابت ولو كانت الحوالة ببعض مال الكتابة كانت بمنزلة قبض البعض حتى لو اعتقه سقط عن المكاتب الباقي

ولم يبطل الحوالة اذا قال احلتك عليه فقبض وقال المحيل قصدت الوكالة وقال المحتال انما احلتني

بما عليك فالقول قول المحيل لانه اعرف بلفظه وقصده تردد يرجع هذا الاختلاف الى ان لفظ الحوالة

التي اتفقوا على استعمالها بينهما هل قصد بها معناها المتعارف هنا او معنى الوكالة حيث ان الوكالة

من العقود الجايزة التي لا تنحصر في لفظ بل يكفي فيها ما دل على الاذن فيها وكل فيه ولفظ الحوالة صالح له ووجه

تقديم قول المحيل ما ذكره المص من انه اعرف بلفظه اي بالمقصود من لفظه اذ لا نزاع بينهما في اللفظ انما

النزاع في مدلول اللفظ والمقصود منه والا فاللفظ اعرف بقصده من غيره بل عند خفاء دلالة اللفظ لا يعرف

الا من قبله فيكون قوله مقدما فيه بعينه ويعضده ايضا اصالة بقاء حق المحيل في المال المحال به واصالة بقاء حق المحتال
على المحيل ووجه التردد مما ذكر من دلالة اللفظ ظاهرا على الحوالة واحتياج دلالته على الوكالة الى القرائن والاصل
عدمها وربما قيل بان لفظ الحوالة حقيقة في العقد المخصوص ومجاز في الوكالة واللفظ اذا تجرد عن القرائن انما يحمل على حقيقته
دون مجازه حذرا من الاغراء بالجهل ولو اريد غير الحقيقة مع عدم نصب قرينة عليه واذا كان كذلك فدعوى المحيل مخالفة
الاصل فلا تسمع ويتجه مع ما مر من الاصلين الاخرين قد يراد بالحوالة الصادرة بينهما التي الاصل فيها الحقيقة والصحة وهذا
الوجه حسن لو سلمنا كون الحوالة مجازا في الوكالة لكنه محل نظر لان الوكالة لما كانت تتحقق في ضمن كل لفظ يدل على الاذن
بطريق الحقيقة وكانت الحوالة مؤدية لذلك لان معنى احلتك كما يحتمل ارادة تحويل المال من ذمة الى ذمة يحتمل ارادة تحويل
المطالبة من المحيل الى المحتال وفائدتها تسلطه على المحتال عليه او نقول ان دلالتها على الاذن للمحتال حاصل على
التقديرين وانما الكلام في المعنى الزائد على الاذن وهو تحويل الحق وكون المراد منها هو الحوالة بالمعنى المتعارف اظهر لا شبهة
فيه لكنه لا يدل على مجازية الآخر لجواز كونه من باب المشترك الذي يراد منه احد معانيه بقرينة فمرجع الامر
الى انه هل هو من باب الحقيقة والمجاز او من باب المشترك الذي دلت القرائن على ارادة احد معنييه ويظهر الفائدة
في كون الفرد الآخر حقيقة او مجازا وبواسطة ذلك يختلف الحكم كما سبق تقريره فان قيل المتبادر من معنى
لفظ الحوالة عند الاطلاق هو المعنى المتعارف لها ولا يفهم منه ارادة الوكالة الا بانضمام قرائن خارجية فيدل على كونها
حقيقة في المعنى المذكور دون الوكالة لما تقرر في الاصول من ان ذلك من علامة الحقيقة والمجاز قلنا هذه العلامة
لا تتم في المشترك لانه مع وجود قرينة بعض احد معانيه يتبادر الذهن الى ارادته مع عدم كون الآخر مجازا اجماعا
ومع عدم قرينة معينة لا يتبادر احدهما فيلزم على هذا ان يكون اطلاقه عليهما بطريق المجاز كما ان اطلاقه على غير
المتبادر اليه بطريق المجاز ايضا وهو باطل قطعا الا ترى ان من قال لغيره اشتر الشيء الفلاني بالعين يتبادر الى الذهن
قطعا انه لا يريد عين الركبة ولا الباصرة مع ان اطلاق العين عليهما بطريق الحقيقة ثم يحتمل انه يريد ما قابل الدين
فيصلح لسائر اعيان الاموال ويحتمل ان يراد به الذهب فيخرج غيره من الاعيان ويدخل الدين اذا كان ذهبا فلا يدل
عدم المبادرة الى احدهما على انها مجاز فيه نعم لو ضم الى لفظ الامر السابق قوله لا ما الدين يتبادر الى الذهن ارادة   ثم
المعنى الاول من المعنيين ومع ذلك لا يدل على ان اطلاقه على الثاني بطريق المجاز ويتجه باطلاق الاصوليين كون ذلك من علامات

الحقيقة والمجاز

الحقيقة والمجاز يحتاج الى التصحيح وقد نبه له بعض الاصوليين فان قيل الحوالة حقيقة شرعية في العقد
المخصوص واطلاقها على الوكالة انما هو بطريق اللغة واذا تعارض الحقيقتان فالشرعية مقدمة ويعضدها ايضا
دلالة العرف على ارادة المعنى الشرعي والعرفية مقدمة على اللغوية قلنا كما انها على الوكالة ايضا بطريق الشرع لان
الوكالة لما كانت شرعا حقيقة في الاذن في التصرف كيف اتفق بأي لفظ دل عليه كما هو شأن العقود الجائزة
وكانت الحوالة دالة عليه ايضا فاطلاقها عليها اذا اريدها لا ارى يكون بطريق الحقيقة الشرعية وان وافقها مع ذلك اللغة
وترجيح الشرع والعرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضي ترجيح احد معنيي المشترك وهو لا يخرج الفرد الآخر عن الحقيقة
فان قيل سلمنا صلاحيتها لذلك لكنه يستلزم كون لفظ الحوالة مشتركا بين المعنيين ولو حملناها على الوكالة بطريق المجاز
اندفع الاشتراك وقد تقرر في الاصول ان المجاز اولى من الاشتراك عند التعارض قلنا لا نسلم الاولوية بل قد قال
جمع من المحققين باولوية الاشتراك سلمنا لكن ذلك اذا لم يثبت الاشتراك وهنا اثبتناه فلا يتم الترجيح
افراده   واذا ثبت ذلك فدعوى المحيل ارادة الوكالة يكون دعوى لارادة بعض الحقيقة الا انه خلاف الظاهر ودعوى المحتال
الحوالة يوافقه ولكن هذا الاستدلال مع الاصلين المتقدمين وهما اصالة بقاء حق المحيل وحق المحتال لما يسمعان
لو كانت الحوالة مجازا في الوكالة كما سلف اما اذا كان حقيقة فيها فلم ينفع ما يرفع دينك الاصلين لكن يرجع الامر
الى تعارض الاصل والظاهر فان قدمنا الاول كما هو الراجح في استعمالهم فالقول قول المحيل كما اختاره المص وجماعة
واذا قدمنا الظاهر فالقول قول المحتال كما لو جعلناها مجازا في الوكالة وهو اقوى الوجهين وبعد ذلك فالقول بتقديم
قول المحتال اقوى اما مراعاة للحقيقة او لقوة هذا الظاهر حتى كاد يلحق بها وقد رجح الظاهر في موارد لا يقصر
هذا عنها اولهما قد لا يتحقق الامر فيحكم له بملك ما تحت يده لان الاصل في اليد الملك وبهذا ظهر فائدة تقييد التنازع
المذكور بكونه بعد القبض وقول بعضهم ان الاختلاف قبل القبض وبعده لا يجد فيه فرقا ليس بجيد وانما يتجه
عدم الفرق لو سلم ان الحوالة مجاز في الوكالة فاذا اطلقت وحملت على الحقيقة يتعين فيه الاداء الى المحتال لانه صار
ملكه سواء قبض ام لم يقبض   اما لو لم يقبض ثم اختلفا فقال وكلتك فقال بل احلتني فالقول قول
المحيل قطعا   الكلام هنا متفرع على ما سبق فان قلنا ان لفظ الحوالة مجاز في الوكالة فعدم الفرق واضح
والقطع ممنوع بل الوجهان آتيان فيه ونقدم قول المحتال واضح لاتفاقهما على وقوع اللفظ الناقل للملك
فلا يتجه دعوى المجاز والا لتوجه في كل عقد يدعى في لفظه ارادة غير معناه الحقيقي وهو باطل وان جعلناها

حقيقة في الوكالة ايضا تعارض الاصل والظاهر ولا ترجيح من جانب القبض كما تقدم ويمكن ان يكون قطع المصنف
من جهة ترجيح الاصل لانها الغالب معتضد بما سبق باصالة عدم تملك المحال عليه بخلاف ما في يده واما توجيه الفرق بان المحتال له توجيه
الحوالة استيفاء والاستيفاء انما يتم الملك بالقبض فقبله لا يتحقق الملك ويكون الاختلاف قبل القبض في الاستحقاق
ما هو ملك للمحيل حين الاختلاف فليس بسديد لان الحوالة وان جعلناها استيفاء نقول انها بمنزلته واقعا لا بمنزلة التوكيل
فيه لان الحوالة تفيد النقل والملك وان لم يحصل القبض اجماعا حتى لو ابرأ المحيل بعد الحوالة قبل القبض دفع البدل لم يملك
ذلك بدون رضا المحتال اذا تقرر ذلك فنقول ان قدمنا قول المحتال فالحكم واضح فان كان قد قبض برئت ذمة
المديون من مقدار المال لاخذه بزعمه منه قهرا مقاصة في مقداره وذمة المحال عليه ان كانت مشغولة لثبوت
الحوالة ظاهرا وان لم يقبض فله المطالبة هذا اذا حلف وان نكل حلف المديون وبطلت الحوالة وان قدمنا قول
المحيل ولم يكن المحتال قد قبض بطلت وكالته بانكاره وحوالته بحلف المديون وله ان يطالب المديون بحقه
لمعاملة بزعم المديون في ذمته مع احتمال عدمه لزعمه ان لا حق له على المديون بالحوالة وان كان حقه على المحال عليه
وان كان قد قبض وكان المقبوض باقيا فعليه تسليمه للمحيل وله مطالبة المحيل بحقه لانه ان كان وكيلا فحقه
باق على المديون وان كان محتالا فقد استرجع المحيل ماله منه ظلما وفي الرجوع عليه ببدله وهذا الخلاف فله
ما لو لم يقبض حيث يوجد احتمال عدم مطالبة المديون لاعترافه ببراءته ثم واما هنا وان كان قد برئ
بالحوالة بزعمه الا ان ذمته اشتغلت بطلبه ثانيا ولو كان المقبوض تالفا فان كان تلفه بتفريط فعليه
بدله للمحيل ويرجع عليه كما مر وان كان بغير تفريط ففي ضمانه له وجهان احدهما عدم الضمان لانه
اما وكيل بزعم المحيل فلا يضمن المال الا مع التفريط او محتال فهو ماله والثاني الضمان لانه وان كان وكيلا ظاهرا
لانه قبض المال لنفسه والوكيل يضمن بذلك لانه خيانة وعلى الاول ليس له مطالبة المحيل بحقه وان كان المحيل
بزعم بقاءه لاعتراف المحتال باستيفاءه بزعمه ولو انعكس الفرض فالقول قول المحتال بان قال المديون بحقه ح
بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة قصدت الحوالة وقال المحتال بل وكلتني فقد تقدم هنا قول مدعي الوكالة
وهو المحتال بيمينه لاصالة بقاء الحقين السابقين والمحيل يدعي خلافهما واسقاطهما مكان عليه البينة
وتظهر فائدة هذا الاختلاف عند افلاس المحال عليه ونحوه وتوجيه هذا الحكم كما سبق اعتراضا وجوابا
فانه في الوجهان الرجوع الامر الى دعوى خلاف الظاهر او خلاف الحقيقة او نقول هنا ان قدمنا قول المحتال

وحلف فان

وحلف فان لم يكن قبض المال فليس له قبضه لان انكار المحيل الحوالة يقتضي عزله لو كان وكيلا وله مطالبة المحيل بحقه
وهل للمحيل الرجوع على المحال عليه وجهان من اعترافه بتحول ما كان عليه الى المحتال ومن ان المحتال ان كان وكيلا فالمقبوض
في حق المحيل وان كان محتالا فقد ظلم المحيل باخذ المال منه وما على المحال عليه حقه فللمحيل ان ياخذه عوضا عما ظلم به وان
كان قد قبض المال فقد برئت ذمة المحال عليه على التقديرين ثم ان كان المقبوض باقيا ففي جواز تملكه له او وجوب رده على
المحيل وجهان احدهما انه جنس حقه وصاحبه يزعم انه ملكه واعترافه بانه ملك المحيل وانه مخير في جهة الاداء ماخذهما
والاول اجود فان كان تالفا فان كان بتفريطه ضمنه للمحيل وطالبه بحقه وقد يحصل التقاص وان لم يكن بتفريطه ففي ضمانه وجهان
ماخذهما ثبوت كونه وكيلا ظاهرا فيده يد امانة وانه لا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في اثبات
الوكالة ليسقط عنه الضمان لان يمينه انما كانت على نفي ما يدعيه المحيل لا على اثبات ما يدعيه وان قدمنا قول مدعي
الحوالة فحلف برئ من دين المحتال وكان للمحتال مطالبة المحال عليه اما بالحوالة او بالوكالة ويملك ما ياخذه اما قصاصا
على زعمه او لانه عين حقه كما اقتضاه الظاهر واعلم ان هذا البحث كله اذا لم ينضم الى لفظ الحوالة ما لا يحتمل
الوكالة كما لو قال احلتك بالمائة التي لك علي بالمائة التي لي على زيد فان هذا لا يحتمل الا حقيقة الحوالة فالقول قول مدعيها
بل قطعا لامتناع ارادة المجاز او الفرد المرجوح ولو لم يتفقا على جريان لفظ الحوالة بان قال احلتك فقال بل وكلتني او بالعكس فالقول
قول منكر الحوالة قطعا لاصالة عدمها من غير معارض اذا كان له دين على اثنين وكل منهما كفيل لصاحبه وعليه
للآخر مثل ذلك فاحاله عليهما صح وان حصل الرفق في المطالبة لابد قبل تحقيق الحكم في هذه المسألة من تقديم مقدمة
ينبني عليها وهي ان الضمان عندنا ناقل للمال من ذمة المضمون الى ذمة الضامن لا ضمام ذمته الى ذمته ومخالفونا
جعلوه بمعنى الضم كما قد سمعته غير مرة وحينئذ فنقول اذا كان لشخص على اثنين دين ولنفرضه كما فرضه الشيخ
رحمه الله الفا على كل واحد خمسمائة فاذا كفل كل منهما صاحبه اي ضمن ما عليه فلا يخلو اما ان يترتبا او يتلاحقا
وعلى التقديرين اما ان يجيز المضمون له الضمانين او احدهما او لا يجيزهما ثم اما ان نقول بكون الضمان ناقلا او
ضاما فاذا اجاز الضمانين وكانا متلاحقين اجتمع الجميع في ذمة الاخير وان كانا مقترنين انتقل ما في ذمة كل
واحد منهما الى ذمة الآخر وبقي الامر كما لو لم يحصلا في استحقاقه في ذمة كل واحد منهما خمسمائة وان اجاز احدهما
خاصة صار الجميع في ذمة من اجاز ضمانه المصنف لا اصالة والاخرى بالضمان وعلى مذهب مخالفينا لو

اجازضما نهما صار مخيرا فى مطالبه كل منهما بالالف ثم لو احال صاحب الحق عليهما ثالثا وقد ضمنا واجازضما نهما
تعين ما خذ من كل واحد خمسمائه لعدم تاثير الضمان من هذه الحيثيه واما من جعله ضامنا فاختلفوا هنا فبعضهم منع من
هذه الحواله لانه لم يكن له الا مطالبه واحد منهما فلا يستفيد بالحواله زياده كالا يستفيد زيادة قدر و وصفه وبعضهم جوز ذلك للاصل
ولعدم اعتبار هذا والارتفاق فى البيع كما لو احاله على من هو املا منه واحسن وفاء اذا تقرر ذلك فالشيخ رحمه الله ذكر هذه
المسئله فى المبسوط وحكم فيها بعدم الصحه معللا بما ذكرنا من زياده الارتفاق وهذا الاتم الا على القول بان الضمان بمعنى
الضم كما قد بيناه اذ على تقدير النقل لم يستفد زياده ارتفاق بل بقى الحكم كما كان ومع ذلك فهو موضع نظر لان هذا
الارتفاق لا يصلح للمانعية والمعروف من مذهبنا هو النقل فالبحث كله ساقط ثم وافق الشيخ رحمه الله تصوير المسئله التى
لا تتم الا على القول بالضم وهو لا يقول به وخالفه فى الحكم وحكم بالصحه فيها على ان الرفق المذكور غير مانع بعوله وان حصل
الرفق فى المطالبه والظاهر ان المص رحمه الله لم يذكر المسئله الا على وجه التفريع والتنبيه على ان ما حكم به الشيخ لا يتم
وان بنى على ذلك الاصل نظرا الى ان زيادة الرفق لا تمنع كما لو احال على من هو اكثر ملاءة واما ما ذكر الشيخ لها يشعر بذهابه
الى كونه بمعنى الضم اذ لا تتم الا عليه والمص رحمه الله قد لوح فى المسئله بالخلاف فيما سبق فى موضعين احدهما
قوله على قول مشهور لنا والاخر قوله على القول بانتقال المال كما نبه عليه فى الموضعين ويمكن ان يكون الشيخ رحمه الله
فرع على مذهب المخالفين وان لم يشر اليه فقد اتفق له ذلك فى المبسوط فى مواضع اذا احال المشترى
البايع بالثمن ثم رد المبيع بالعيب السابق بطلت الحواله لانها تتبع البيع وفيه تردد منشأ التردد من ان الحواله تابعة
للبيع واذا بطل البيع بطلت لاستحاله وجود التابع من حيث هو تابع بدون متبوعه وهو مذهب الشيخ رحمه الله
ومن ان الحواله ناقله للمال الى ذمة المحال عليه فى حاله كون المحتال مستحقا للدين فى ذمه المشترى فلا تبطل له الشيخ المتعقب
لانه ابطل العقد من حينه لا من اصله وتردد العلامه فى ذلك كالمص وربما بنى الوجهان على ان الحواله هل هى
استيفاء ما على المحيل نظرا الى عدم اشتراط القبض فيها ولو كان الحقان من الاثمان وليحمق براءة ذمه الامر بمجردها
ولانها لو كانت اعتياضا كانت بيع دين بمثله او اعتياض لما ذكرنا انه لم يقبض بنفسه بل احذ بدله عوضا عنه
وهو معنى الاعتياض فعلى الاول تبطل لانها نوع ارتفاق واذا بطل الاصل بطلت هيئة الارتفاق كما لو اشترى
بدراهم مكسرة فاعطاه صحاحا ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح وعلى الثانى لا تبطل كما لو اعتاض البائع عن الثمن ثوبا ثم
فسخ

فسخ فانه يرجع بالثمن لا بالثوب ولا فرق فى ذلك بين كون الرد بالعيب بعد قبض وقبله ولا بين ان يقبض الرد بعد
قبض المحتال مال الحواله وقبله ولا بين الفسخ بخيار العيب وغيره من انواع الخيار والاقاله والفسخ بالتحالف ونحوها مما لا يبطل
البيع من اصله لكن المص والجماعه مثلوا بالعيب تبعا لمن فرض المسئله وكذا لا فرق بين العيب السابق على البيع واللاحق
على وجه يجوز الفسخ كالعيب قبل القبض وقبل انقضاء الثلثه فى الحيوان فان لم يكن البايع قبض المال فهو باق
فى ذمه المحال عليه للمشترى وان كان قبضه فقد برئ المحال عليه ويستعيده المشترى من البايع هذا التفريع على القول
ببطلان الحواله ويتحرر من ان البايع المحتال ان لم يكن قد قبض المال لم يكن له قبضه لبطلان الحواله وبقى فى ذمة المحال عليه
للمشترى كما كان فلو خالف البايع وقبض بعد ذلك لم يقع عنه لبطلان حقه وهل يقع للمشترى وجهان ماخذهما بطلان
الحواله فيبطل ما الاذن فى القبض لانه كان من لوازمها فيستحيل تحلفه عن ملزومه وان كان الاذن الضمنى لا يبطل ببطلان ما
كان فى ضمنه كما سياتى ان شاء الله تعالى فى الشركه والوكاله والاول اقوى والفرق ان الحواله نقل الحق الى المحتال فاذا صار الحق
له ملك قبضه لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالاذن بخلاف الوكاله والشركه فان القبض فيهما للمالك فاذا بطل خصوص الاذن
جاز ان يبقى عمومه مع ان فى بقاء الاذن الضمنى فيهما ايضا نظرا لامتناع بقاء المعنى الضمنى بعد ارتفاع المطابقى وسياتى
ان شاء الله تحقيقه وان كان قد قبض المال من المحال عليه تعين للمشترى لقبضه باذنه فلا يقصر عن الوكيل وليس له رده على المحال عليه
فلو رده عليه فللمشترى مطالبته ثم ان كان موجودا فظاهر وان كان تالفا لزمه بدله وان تلف بغير تفريط لانه قبضه على الثمن
فيكون مضمونا عليه ولو قلنا بعدم بطلان الحواله وكان قد قبض برئ المحال عليه ورجع المشترى على البائع ولا يتعين حقه
فيما قبضه وان لم يكن البائع قد قبض فله القبض وللمشترى الرجوع عليه قبل القبض لان الحواله كالمقبوضه ومن ثم يسقط
حق حبس المبيع فلو احال المشترى البائع بالثمن ويحتمل عدم جواز رجوعه عليه الى ان يقبض لعدم وجود حقيقة
القبض وان وجد ما هو بمعناه فى بعض الاحكام اما لو احال اجنبيا بالثمن على المشترى ثم فسخ المشترى
بالعيب او بامر حادث لم تبطل الحواله لانها تعلقت بغير المتبايعين اشار بالتعليل الى الفرق بين حواله المشترى البايع
وحواله البائع الاجنبى على المشترى فان الحق فى الاول كان مختصا بالمتبايعين بسبب البيع فاذا بطل البيع بطلت التوابع
بخلاف حواله الاجنبى فانها لا تبطل وان حكم بالبطلان ثم لتعلق الحواله بغير المتعاقدين من حيث ان الثمن صار مملوكا
للمحتال الاجنبى قبل فسخ العقد ونقل الشيخ هنا الاجماع على عدم البطلان ولا فرق بين ان يكون المحتال قد قبض وعدمه

لان المانع للملك هو الحوالة لا البيع ويحتمل ضعيفا البطلان هنا ايضا لان استحقاق المحال فرع استحقاق المحيل واذا بطل حق المحيل
بطل ما بعده ووجه ضعفه انه تابع بعد تغير الحوالة لا بعدها لذلك فادتها الملك حين وقعت بغير تعارض   فلو ثبت بطلان البيع
بطلت الحوالة في الموضعين اي في موضع احالة المشتري البائع واحالة البائع الاجنبي على المشتري ووجهه ان صحة الحوالة فرع
ثبوت الثمن للبائع على المشتري فاذا تبين بطلان البيع من اصله ظهر عدم استحقاق البائع الثمن في نفس الامر في ذمة المشتري وفي
الحقيقة الحوالة وقعت في نفسها باطلة لا انها بطلت بظهور بطلان البيع وانما كشف ظهور بطلانه عن بطلانها من راس وحينئذ فان
كان البائع او المحتال لم يقبض فليس لهما القبض وان كان قد قبض رجع المشتري عليه وله الرجوع على البائع لو كان القابض محتالا
لانه قد وفاه المحتال عما في ذمته بقبضه مقبوضا له وليس للمشتري الرجوع على المحتال عليه بعد القبض لصدوره باذنه

القسم الثالث في الكفالة ويعتبر رضاء الكفيل والمكفول له دون المكفول لما كانت الكفالة من جملة العقود
اللازمة فلا بد من وقوعها من اثنين ولو حكما ورضاهما بذلك ومدار الكفالة على ثلثة كفيل وهو بمعنى الفاعل وان كان
يصلح للمفعول ايضا لكنهم اصطلحوا على وضعه للفاعل وبخصوص المكفول باسم المفعول ومكفول له وهو صاحب الحق ولو
بالدعوى ومكفول وهو من عليه الحق او الدعوى فلا بد من رضى اثنين منهم ليتم العقد الكفيل والمكفول له يعتبر رضاهما
اما الاول فواضح لان الانسان لا يصح ان يلزمه الحق الا برضاه واما الثاني فلانه صاحب الحق فلا يجوز الزامه شيئا
بغير رضاه وبهما يتم العقد واما المكفول فلا يعتبر رضاه لوجوب الحضور عليه متى طلبه صاحب الحق بنفسه او وكيله
والكفيل بمنزلة الوكيل حيث يامره باحضاره وغاية الكفالة هي حضور المكفول حيث يطلب هذا هو المشهور بين علمائنا
وغيرهم وللشيخ رحمه الله قول باشتراط رضاه ولانه اذا لم ياذن فيها او يرض بها لم يلزمه الحضور مع الكفيل
فلم يتمكن من احضاره ولا يصح كفالته لانها كفالة بغير المقدور عليه وهذا بخلاف الضمان لامكان وفاء دينه من مال غيره
بغير اذنه ولا يمكن ان ينوب عنه في الحضور وينبغي ان يدرك جوابه في التحرير وهو ضعيف لان مداره على عدم وجوب الحضور معه
وان كان برضاه اذا تقرر ذلك فعلى القول باعتبار رضاه ليس هو على حد اعتبار رضا الاخرين لان رضاهما لا بد منه من
انه بشرط كالايجاب والقبول ايضا دون على وجههما اما المكفول فيكفي رضاه به كيف اتفق مقدما او متاخرا او مقارنا
كما في رضا المضمون   ويصح حالة ومؤجلة على الاظهر هذا هو الاصح للاصل ولان الحضور حق شرعي
فلا ينافيه الحلول واشترط الشيخ وجماعة فيها الاجل كالضمان وهو ضعيف   واذا اشترط الاجل

فلا بد ان يكون

ولان الاجل

فلا بد ان يكون معلوما هذا موضع وفاق ولان اجل المجهول يوجب الغرر اذ ليس له وقت يستحق مطالبته فيه كغيره من
الاجال وسيبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث اكتفى فيها بالاجل المجهول لاسيما لها على التبرع فتسامح فيها كالعارية
غيره صح وفساده ظاهر لان العارية لازمة فلا يقدح فيها الاجل المجهول لجواز المطالبة بالمستعار في الاجل وان كان معلوما
فان سلمه تسليما تاما فقد برئ وان امتنع كان له حبسه حتى يحضره او يؤدي ما عليه المراد بالتسليم التام ان يكون في
الوقت والمكان المعين ان عيناهما في العقد او في بلد العقد مع الاطلاق ولا يكون للمكفول له مانع من تسلمه بان لا يكون في يد
ظالم ولا متغلب يمنعه منه ولا في حبسه ولا في موضع لا يتمكن من وضع يده عليه لقوة المكفول وضعف المكفول له
ونحو ذلك فاذا سلمه كذلك فقد برئ من عهدته فان لم يتسلمه منه وامكن تسليمه الى الحاكم سلمه اليه وبرئ
ايضا فلو لم يمكن اشهد عدلين باحضاره الى المكفول له وامتناعه من قبضه ولا فرق الاكتفاء بالاشهاد وان قدر
على الحاكم لانه مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى من ينوب عنه من حاكم وغيره هذا ما يتعلق بالكفيل
اذا اتى به اما اذا امتنع من التسليم التام الزمه الحاكم به فان ابى حبسه حتى يحضره وله عقوبته عليه كما في
كل ممتنع من اداء الحق ثم ان سلمه بعد ذلك فلا كلام وان ابى وبذل ما عليه فظاهر المص الاكتفاء به
في برائته وعليه الشيخ رحمه الله وجماعة لحصول الغرض من الكفالة وهذا على تقدير تمامه انما يصح فيما
يمكن اخذه من الكفيل كالمال فلو لم يكن كالقصاص وزوجية المراة والدعوى بعقوبة توجب حدا او تعزيرا فلا بد اما ماله بدل صح
من الزامه باحضاره مع الامكان وان لم يكن له بدل كالدية في القتل وان كان عمدا ومهر الزوجة وجب عليه البدل
وذهب جماعة من الاصحاب منهم العلامة في التذكرة الى انه لا يتعين على المكفول له قبول الحق بل له الزامه بالاحضار
مطلقا لعدم انحصار الاغراض في اداء الحق الذي يتعلق الغرض غالبا بحصوله وهذا هو الاقوى اذا تقرر ذلك
فان رضي المكفول له بالمال واداه الكفيل فان كان قد كفل باذن الغريم او ادى باذنه وان كان كفل بغير اذنه
فله الرجوع عليه وان انتفى الامران فان امكنه احضاره فلم يحضره لم يرجع عليه وكذا ان كفل باذنه وادى
بغير اذنه مع تمكنه من احضاره لان الكفالة لم يتناول المال اختيارا فيكون كالمتبرع وان تعذر عليه
احضاره رجع عليه مع اذنه في الكفالة وفي رجوعه مع عدمها نظر وظاهره انه يرجع ايضا والفرق
بين الكفالة والضمان في رجوع من ادى بالاذن هنا فان كفل بغير الاذن بخلاف الضمان ان الكفالة لم تتعلق
بالمال بالذات فيكون حكم الكفيل بالنسبة اليه حكم الاجنبي فاذا اداه باذن من عليه فله الرجوع بخلاف

ایضا من لاستقال المال الی ذمته بمجرد الضمان فلا سعه بعد ذلک الا الاذن فی الاداء الا انه کاذن الاجنبی للمدیون فی اداء دینه واما اذا اذن له فی الکفاله ولم یاذن له فی الاداء مع تعذر الاحضار فان ذلک من لوازم الکفاله فالاذن فی الکفاله اذن بلوازمها   ولو قال ان لم احضره کان علی کذا لم یلزمه الا احضاره دون المال ولو قال علی کذا الی کذا ان لم احضره وجب علیه ما شرط من المال   هذه المسئله ذکرها الشیخ رحمه الله فی النهایه وتبعه علیه المص وجماعه من الاصحاب ومستندهم فی ذلک روایه داود بن الحصین عن ابی العباس عن الصادق علیه السلم قال سالته عن الرجل یکفل بنفس الرجل الی اجل فان لم یات به فعلیه کذا وکذا درهما قال ان جاء به الی الاجل فلیس علیه مال وهو کفیل بنفسه ابدا الا ان یبدأ بالدراهم فان بدأ بالدراهم فهو له ضامن ان لم یات به الی الاجل الذی اجله وفی روایه اخری فی طریقها ابان بن عثمن عن ابی العباس قال قلت لابی عبد الله علیه السلم رجل کفل لرجل بنفس رجل وقال ان جئت به والا فعلی خمسمائه درهم قال علیه نفسه ولا شیء علیه من الدراهم فان قال علی خمسمائه درهم ان لم ادفعه الیه وقال یلزمه الدراهم ان لم یدفعه الیه وانما ذکرنا الروایتین لیترتب علیهما الکلام فی حکم المسئلتین والفرق بینهما وقد عرفت منهما ان قول المص فی الثانیه یلزمه المال لیس بجید بل بحسب ما قید فی الروایه بقوله ان لم یحضره ونحوه لکن الشیخ رحمه الله مع ذکره للروایتین فی التهذیب ذکر المسئلتین کما ذکره المص من لزوم المال فی الثانیه من غیر تقیید وتبعه المص هنا والعلامه فی القواعد والارشاد وقید فی التذکره ذلک فی الثانیه فقال کان ضامنا للمال ان لم یحضره فی الاجل وکذلک العلامه فی التحریر والتذکره وهذا ما یتعلق بحکم المسئله والتقصیر فی ایرادهما ثم یبقی الاشکال فی الفرق بین المسئلتین بمجرد تقدیم الجزاء علی الشرط وتاخیره فان ذلک لا مدخل له فی اختلاف الحکم لان الشرط وان تاخر فهو فی حکم المتقدم الا ان الجماعه جمدوا علی النص ومع ذلک لم یونوا بقیوده کما عرفت ویبقی الکلام فی المستند فان فی مستند الروایتین ضعفا وجهاله فی بعض رجالهما فالاستناد الیهما فی هذا الحکم المخالف للقواعد الشرعیه والعربیه لا یخلو من اشکال ثم ان جماعه من الاصحاب لهم فی الاعتذار عن ذلک وجوه منها الجمود علی النص من غیر تعلیل ولا التفات الی المخالف وهو طریقه الشیخ ومن تبعه ومع ذلک لا تخاشی من عدم صحه المستند کما قد علم ذلک من طریقه الشیخ رحمه الله سیما فی النهایه التی قد ذکر فیها هذه المسئله فانه یذکر فیها ما وردت به النصوص مع ضعف کثیر منها ولا یخفی ما فی هذه الطریقه من الخطر خصوصا فی مثل هذا الحکم المخالف للاصول مع ضعف المستند ومنها ان الحکم فی المسئلتین اجماعی ومع ذلک منصوص فلا یمکن

العدول عنه

فی داود

العدول عنه بمجرد التباس الفرق بین الصیغتین وهذه ذکرها ابن فهد فی المهذب وسعه المحقق الشیخ علی فی الشرح وفیه نظر لمنع الاجماع فی محل النزاع فلان احدا من الاصحاب لم یدعه والموجود کلامهم فی المسئله جماعه یسیره والباقون لا یعرف حکمهم فیها ومع ذلک فقد ذکرها العلامه فی المختلف وحکی فیها کلام الشیخ ومن تبعه ثم قال وعندی فی هذه المسئله نظر ثم نقل فیها عن ابن الجنید حکما یخالف ما ذکره الشیخ والجماعه وقال ان کلام ابن الجنید انسب وقد عرفت ان للمص وحده فیها قولین هنا وفی النافع وللعلامه وحده اربعه مذاهب کما سبینه ودعوی الاجماع بمثل ذلک اعجب ومنها ما فرق به ابن ادریس فقال انه یلزم ضمان النفس حیث بدأ بضمانها ویلزمه ضمان المال حیث بدأ بضمانه وهو فرق بمجرد الدعوی لا یحصل له فائده قال المص رحمه الله فی نکت النهایه فی رده ان الشرط متقدم علی المشروط طبعا فلا عبره بتاخره وضعا ومنها ما ذکره الشیخ علی رحمه الله من ان السر فی لزوم المال اذا قدمه براءه ذمه المضمون عنه فیمتنع الکفاله واذا قدم الکفاله کان الضمان المعلق لها لکونه معلقا علی شرط باطلا ولمنافاه الضمان صحه الکفاله وهذا السر الذی اظهره ناش من ظاهر کلام القواعد وما اشبهها کعباره المص فی الکتاب حیث اطلقوا لزوم المال فی المسئله الثانیه وقد عرفت انه فی الروایه مشروط بعدم احضاره فیکون الکفاله ایضا صحیحه وان تاخرت عن ذکر المال هذا مع انه مع تقدیم المال قد جعل ضمانه مشروطا بعدم احضاره فکیف یتاتی الحکم ببراءه ذمه المضمون عنه حتی یمنع کفالته وما هذا الا یرجع الی فرق ابن ادریس الذی لم یجد نفعا ومع تقدیم الکفاله قد ذکروا فی الروایه انه ان جاء به فی الاجل فلیس علیه مال ومفهوم الشرط انه ان لم یجئ به لزمه المال فدل بمفهومه علی خلاف ما ذکره الجماعه وابراه من الفرق الا ان لا تعولوا بمفهوم الشرط وایضا فان المسئله اعم من کون المکفول علیه مال وعدمه من قتل وجرح وغیرهما مما لا یقبل الضمان وعلی تقدیر المال فما جعله الضامن علیه کذا فی الاولی وخمسمائه فی الثانی ومطلقا فی کلام الجماعه اعم من کونه مساویا للحق الذی علی المکفول وزائدا وناقصا ومماثلا له فی الجنس ومخالفا والضمان الذی ادعوه فی بیان الفرق لا یتم الا فی فرد من هذه الاقسام کما لا یخفی وایضا لیس فی العباره التی ذکروها فی المسئلتین لفظ یدل علی کفاله صحیحه شرعا وانما الموجود فیهما ضمان معلق علی شرط بعدم او تاخر واما الکفاله فهی مجهوله شرطا ومجرد ذلک لا یکفی فی عقد الکفاله واما لفظ الروایه فیمکن استفاده کونه کفل کفاله صحیحه قبل ذکر الشرط وجزائه کما یستفاد من قوله یکفل بنفس الرجل الی اجل فان لم یات به الخ فانه جعل الشرط متعقبا للکفاله

وبطل السر الذی اظهره ناش من ... [illegible]

فرضها فقد يتضمن كفالة على ما ذكر في المسئلتين وهذا تقصير آخر في عبارة الجماعة ثم نقالـ في دعوى الحكم على هذا الاجماع
مع تعليله بالستر المذكور ان الاجماع ان كان على الحكم الذي اظهره ومن جملته لزوم المال خاصة في الثانية فقد عرفت ان
القائل به قد خالف نفسه واثبت في غير الكتاب حكما مخالفا لهذا الحكم وهو ان اللازم هو الكفالة وان المال لا يضمن
الا اذا لم يحضره وهو في الحقيقة من لوازم الكفالة كما تقدم على بعض الوجوه ولا دليل على صحة الضمان فكيف يتحقق
الاجماع على مسئلة قد خالف فيها مثل العلامة والمحقق وابن الجنيد والشهيد رحمه الله ايضا فانه قيد
لزوم المال بعدم احضاره في اللمعة وبعض ما حققه على المسئلة وان كان الاجماع وقع على الحكم مع القيد
بطل الستر المذكور ومع ذلك يصير ما حكي عنه من العبارات مخالفا له في الحكم وهو قول آخر في المسئلة ومنها
ما نقله فخر الدين رحمه الله عن والده انه حمل الرواية على انه التزم في الصورة الاولى بما ليس عليه اما الثانية
فانه التزم بما عليه كما لو كان عليه دينار فقال ان لم احضره فعلي عشرة دنانير مثلا فهنا لا يلزمه المال اجماعا
لانه التزم بما ليس عليه وهو الدينار مثلا فكانه قال علي الدينار الذي عليه ان لم احضره ولا يخفى بعد هذا
الحمل عن اطلاق المال في الصورتين المتغايرتين بل يقول بمقتضى القواعد العربية ان المال في الصورتين
واحد لانه قال في الرواية فعليه كذا وكذا درهما ثم قال الا ان يبدأ بالدراهم فاتى بها معرفة ومن القواعد
المقررة ان اللفظ اذا تكرر وكان الثاني معرفا يكون هو الاول حملا للام على العهدية سواء كان الاول منكرا
كقوله تعالى فارسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول ام منكرا كقوله ان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا معرفا ثم
ومن هنا قيل لن يغلب عسر يسرين واما الرواية فالمال فيها في الصورتين متحد القدر وهو حسنها ولا يصح الثانية ثم
هذا الحمل على الروايتين ومع ذلك فيرد على المجيب السابق في دعواه الاجماع على ان المراد هو ما اطلقوه والحال
ان هذا قول آخر في المسئلة غير ما سبق وقد صار للعلامة وحده في هذه المسئلة اربعة اقوال هذا احدها
والثاني قوله في القواعد بلزوم المال في الثانية مطلقا والثالث في التحرير والتذكرة بلزوم المال ان لم يحضره
والرابع في المختلف بمذهب ابن الجنيد وهو قول يحتاج تحريره الى تطويل فاعرضنا عنه هنا ومنها
ما ذكره المقداد رحمه الله وقال انه حسن لم يذكره احد من الاصحاب وملخصه ان المراد من الاولى الاتيان
بصيغة الكفالة وتعقيبها بالتزامه بالمال ان لم يأت به وذلك يقتضي صحة الكفالة لتصريحه بها وما بعدها من المال
امر لازم للكفالة لما تقدم من ان مقتضاها لزوم المال للكفيل ان لم يأت به واما الثانية فانها تشتمل على ضمان

معلق على شرط

معلق على شرط والشرط متاخر فهي اما مبنية على جواز الضمان المعلق على شرط او ان الضمان تم بقوله على كذا والشرط بعده
مناف له فلا يلتفت اليه لانه كتعقيب الاقرار بالمنافي ولا يخفى ما في هذا الفرق من الفساد خصوصا الكلام في الثانية
وتحريره ان المال المذكور في الشرط اعم من كونه هو المقصود من الكفالة وغيره كما سبق تقريره فكونه قد ذكر لازم الكفالة
مطلقا ممنوع واما الحكم بصحة الضمان والغاء الشرط مع اتصاله به وكون الكلام جملة واحدة لا يتم الا بآخره فعجيب وقياسه
على الاقرار عجب فان جميع العقود كلها اذا علقت على الشروط المفسدة يحكم بفسادها وان تاخر الشرط اجماعا والاقرار
خارج من البين من جهة انه اخبار لا انشاء وللاجماع عليه اذا تقرر ذلك فنقول الذي يقتضيه ظاهر
الكفالة ثم الرواية ان الرجل وقعت صيغته تامة في الموضعين وتعقبها ما ذكر من الاشتراط بدليل قوله رجل تكفل بنفس رجل
ثم قسمها الى القسمين فان التكفل اذا اطلق يحمل على معناه الشرعي وانما لم يذكر لفظ يوجبه وقوله بعده فان لم يأت
به فعليه كذا وكذا اما ان يحمل على كون المكفي عنه هو الحق المكفول لاجله عملا بمقتضى الكفالة وحينئذ فلا اشكال
في الاولى لانه يصير كمثله ابدا وما ذكر بعد الكفالة غير مناف ثم ان عملنا بمفهوم الشرط صار ضامنا للمال ان لم يأت به
الى الاجل لان مفهوم ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال انه اذا لم يجئ به الى اجله فعليه المال وحينئذ فلا فرق بين
الصيغتين لانه حكم في الثانية بهذا الحكم ايضا لانه قال ان بدأ بالدراهم فهو لها ضامن ان لم يأت به الى الاجل
ويكون الاستثناء منقطعا اذ لم يحصل به اخراج لاتحاد الحكم به في المسئلتين وكانه بين الحكم هكذا ان قدم الدراهم
او اخرها ويبقى قوله في الرواية الثانية عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم ناظرا الى نفس حكم الكفالة لا الى ما
يترتب عليها عند الاخلال بالاحضار وان لم نعمل بمفهوم الشرط اشكل الفرق بين المقامين بما تقدم واما ان يحمل
المال الملتزم على ما هو اعم من الحق فيكون على سبيل الجعالة فيلزمه ما التزم وان لم يأت به في الموضعين باعمال مفهوم
الشرط في الاول والتصريح في الثانية ويناسب هذا الحمل كون الكفالة قد لا يكون غايتها المال كالقصاص والزوجية
ثم على تقدير كون المال مجانسا للمكفول لاجله يبقى الحكم ما كشفنا به منه نظرا الى مقتضى الكفالة ذلك ولو كان مخالفا
احتمل رده الى ما قدمنا ايضا فان لم يكن الكفالة لاجل مال فهو التزام وشرع محض وابطال الرواية يقتضي
صحته وعلى ما قررناه فمخالفة الرواية للاصول ليست كثيرة عند ابطالها ولو خصصناها بالمال المقصود
حصل المقصود وان بقي في عبارة الرواية قصور في البلاغة حيث اتحد الحكم في المسئلتين مع كونه قد ترددا
بينهما الا انه اسهل من مخالفة الاصول بغير موجب ومع هذا فاثبات الاحكام الخارجة على تقدير العمل باطلاقها

لا يخلو من بعد لقصور الرواية عن اثبات مثل هذه الاحكام ولقد كنا في سعة من هذا الاختلاف لو اطرحنا امثال
هذه الروايات التي هي من شواذ هذه الاخبار وبالله التوفيق   ومن اطلق غريما من يد صاحب الحق قهرًا
ضمن احضاره او ادى ما عليه لانه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها واداء الحق
الذي بسببه ثبتت اليد عليه وينبغي ان يكون الحكم هنا كما سلف في الوكيل الممتنع من تسليم المكفول يطالب بالتسليم مع الامكان (الكفيل)
لا ان يفوض التخيير اليه وحيث يؤخذ منه المال لا رجوع له على الغريم اذ لم يامره بدفعه اذ لم يحصل من الاطلاق ما
يقتضي الرجوع   ولو كان قاتلا لزمه احضاره او دفع الدية لا فرق في ذلك بين كون القتل عمدا وغيره
اذ القصاص لا يجب الا على المباشر فاذا تعذر استيفاؤه وجبت الدية كما لو هرب القاتل عمدا ومات ثم
ان استمر القاتل هاربا ذهب المال على المخلص وان تمكن الولي وجب عليه رد الدية الى الغارم وان لم يقتص
من القاتل لانها انما وجبت لاجل الحيلولة وقد زالت وعدم القتل الآن مستند الى اختيار المستحق ولو (لمكان)
كان تخلص الغريم من يد كفيله وتعذر استيفاء الحق من قصاص او مال واخذ المال والدية من الكفيل كان له
الرجوع على الذي خلصه لعين ما ذكر في مخلصه من يد المستحق   ولا بد من كون المكفول معينا فلو
قال كفلت احد هذين لم يصح وكذا لو قال بزيد او عمرو وكذا لو قال كفلت بزيد فان لم آت به فبعمرو وهذه
الثلاثة تشترك في ابهام المكفول فتبطل الكفالة لانه لا يتعين المكفول بعينه ليستحق المطالبة باحضاره (تسلم)
ويزيد الثالث ان كفالة عمرو معلقة على شرط وهو عدم الاتيان بزيد فتبطل من هذا الوجه ايضا وكفالة
زيد ليست معينة لان الكفيل جعل لنفسه فسحة في احضار عمرو ان اختار فرجع الى الابهام
كالسابق وهذا مما لا خلاف فيه   اذا احضر الغريم قبل الاجل وجب تسلمه اذا كان لا ضرر عليه
ولو قيل لا يجب عليه كان اشبه   القول بوجوب تسلمه قبل الاجل للشيخ رحمه الله بشرط انتفاء الضرر
والاقوى ما اختاره المص من عدم الوجوب لانه غير التسليم الواجب اذ لم يجب الا بعد تعيينه ومثله ما لو سلمه (بعدم)
في غير المكان المشروط والذي يحمل الاطلاق عليه وان انتفى الضرر وكان اسهل لما ذكر   ولو سلمه وكان
ممنوعا من تسلمه بيد قاهر لم يبرأ   الكفيل المعتبر في التسليم التام الذي لا مانع منه بوجه كما مر فلا يعتد
بالتسليم الممنوع معه من استيفاء الغرض بقاهر وغيره وهو واضح   ولو كان محبوسا
في حبس الحاكم تسلمه لانه متمكن من استيفاء حقه وليس كذلك لو كان في حبس ظالم   الفرق بين
الحبسين

الحبسين واضح فان الحاكم لا يمنعه من احضاره ومطالبته بحقه بخلاف الظالم فقد يعرض فيه المنع
ولا بد من تقييده بكونه ممنوعا منه فلو كان المكفول له قادرا على تسلمه تاما في حبس الظالم بواسطة صحبته
للظالم او قوته ونحو ذلك فهو كما لو لم يكن محبوسا وانما اطلق المص والجماعة ذلك بناء على الغالب من تعذر تسلمه
تاما كذلك وحيث يكون في حبس الظالم وطالب الحاكم باحضاره احضره مجلسه وحكم بينهما فاذا فرغت
الحكومة رده الى الحبس بالحق الاول ولو توجه عليه حق للمكفول له يوجب الحبس حبسه بهما ويوقف فكه
على تخلصه منهما   اذا كان المكفول غائبا وكانت الكفالة حالة انظر بمقدار ما يمكنه الذهاب اليه
والعود به وكذا ان كانت مؤجلة اخر بعد حلولها بمقدار ذلك   محل الانظار ذلك المقدار بعد مطالبة
المكفول له باحضاره لا بمجرد الحلول والمراد بالغائب هنا من يعرف موضعه ولا ينقطع خبره فلو لم يعرف
لانقطاع خبره لم يكلف الكفيل احضاره لعدم الامكان فلا شيء عليه لانه لم يكفل المال ولم يقصر
في الاحضار ولا فرق في الغائب المعلوم محله بين المتجاوز لمسافة القصر وغيره خلافا لبعض العامة
اذا تكفل بتسليمه مطلقا انصرف الى بلد العقد وان عين موضعا لزم ولو دفعه في غيره لم يبر وقيل
اذا لم يكن في نقله كلفة وجب تسلمه وفيه تردد   اطلق المص رحمه الله وجماعة انصراف اطلاق الكفالة الى
بلد العقد لانه المفهوم عند الاطلاق وهذا التعليل انما يتم لو كان محل العقد بلد المكفول له او بلد قرار
لا ينافي الارادة عرفا فلو كان برية او بلد غربة قصدهما مفارقته سريعا بحيث يدل القرائن على عدم ارادته
اشكل انصراف الاطلاق اليه وقد تقدم الكلام على نظيره في السلم الا انهم لم ينقلوا هنا خلافا وعلى كل حال
فالتعيين اولى وحيث يعين او يطلق ويحضره في غير بلد عينه هو او الشارع لا يجب تسلمه وان انتفى
الضرر عملا بالشرط والمخالف الشيخ كما مر في الزمان   لو اتفقا على الكفالة وقال الكفيل لا حق لك
عليه كان القول قول المكفول له لان الكفالة تستدعي ثبوت حق   انكار الكفيل الحق على المكفول اما ان
يريد نفيه ابتداء بحيث لم يكن وقت الكفالة او يريد به نفيه الآن بان يكون قد اوفاه او ابراه المستحق
فان كان الاول وهو المراد هنا فالدعوى راجعة الى صحة الكفالة وفسادها فان شرط صحتها ثبوت
حق المكفول له عند المكفول والكفيل يدعي فسادها ولا يلتفت الى قوله لان القاعدة تقديم مدعي الصحة
لكن مع يمينه لا يقال يكفي في صحتها مجرد الدعوى وان انكر الحق ثابتا وانكار الكفيل الحق لا يرفع الدعوى

فلا يقتضي بطلان الكفالة لانا نقول انكار ولي الدين مع اعترافه بالدعوى لا يؤثر في سقوط حق الاحضار عنه فلا يؤثر انكاره
لان غرضه ابطال الكفالة ليسقط عن نفسه وجوب الاحضار واعترافه بمجرد الدعوى كاف في وجوبه والغرض من المسئلة انه كان حقا
يجوز الكفالة يكفي فيه احد الامرين الدعوى وما تضمنه المولى في العبارة نكرة تسد عموم الحق فيشمل الدعوى وعلى هذا
فاذا احلف المكفول له وتعذر على الكفيل احضار الغريم فهل يجب عليه اداء المال من ضمنه احتمال والاقرب عدم الوجوب
لان الكفالة انما تستدعي ثبوت الحق لا المال نعم لو اقام المدعي البينة بالحق واغرم الكفيل لم يرجع به على المكفول لاعترافه
براءة ذمته وانه مظلوم وان كان المراد الثاني وهو نفي الحق عن المكفول الآن فان مرجع قوله الى سقوط الكفالة عنه الآن
وان كانت قد لزمت ابتداءً فالقول قول المكفول له ايضا لاصالة بقاء الحق وسيأتي تتمة حكمه اذا تكفل رجلان
برجل فسلمه احدهما لم يبرأ الآخر ولو قيل بالبراءة كما ذهبنا ما حسنه المص حسن لان المقصود تسليمه له وقد حصل
حتى لو سلم نفسه او سلمه اجنبي برئ الكفيل لحصول الغرض فاذا سلمه احد الكفيلين اولى وهل يشترط مع ذلك
تسليمه عنه وعن شريكه ام يكفي الاطلاق بل تسليمه عن نفسه وجهان ياتي مثلهما فيما لو سلم عن نفسه او سلمه اجنبي
ومثله ياتي في وجوب قبول المكفول له تسليمه عمن لم يسلم اذ لا يجب عليه قبول الحق ممن ليس عليه لو بذل له وبحصول الغرض
وهو التسليم وظاهر اطلاق المص وجماعة الاجتزاء به مطلقا وهو متجه والقول بعدم البراءة للشيخ رحمه الله محتجا
بتغاير الحقين ولانه لا دليل عليه وهو ضعيف وتظهر الفائدة لو هرب بعد تسليم الاول
ولو تكفل برجلين برجل ثم سلم الى احدهما لم يبرأ من الآخر الفرق بينه وبين السابق واضح فان العقد هنا مع
الاثنين بمنزلة العقدين فهو كما لو تكفل لكل واحد منهما على انفراده وكما لو ضمن دينين لشخصين فادى الى احدهما
فانه لا يبرأ من دين الآخر بخلاف السابق فان الغرض من كفالتهما معا احضاره وقد حصل
اذا مات المكفول برئ الكفيل اما براءته بموته فلان متعلق الكفالة النفس وقد فاتت بالموت لان المتبادر
من الكفالة انما هو الاحضار في حال الحيوة فيحمل الاطلاق عليه ويمكن الفرق بان يكون قد قال في عقد الكفالة
قد كفلت لك حضور بدنه او حضور نفسه او حضوره فيجب في الاول احضاره ميتا ان طلبه منه
والا فلا وينبني الثاني على ان الانسان ما هو فان كان الهيكل المحسوس فكذلك والا فلا الا ان هذا يضعف
بان طلب شفاء الفائدة في احضار الميت هذا كله اذا لم يكن الغرض على الشهادة على صورته والا وجب
احضاره ميتا مطلقا حيث يمكن الشهادة عليه بان لا يكون قد تغير بحيث لا يعرف ولا فرق في ذلك بين

كونه قد دفن

كونه قد دفن وعدمه لان ذلك مستثنى من تحريم نبشه وكذا لو جاء المكفول وسلم نفسه اي سلم نفسه
للمكفول له تسليما تاما فان الكفيل يبرأ بذلك لحصول الغرض وهو رده الى المكفول ولا فرق بين وصوله اليه بالكفيل وغيره
وقيده في التذكرة بما اذا سلم نفسه عن جهة الكفيل ولو لم يسلم نفسه عن جهته لم يبرأ لانه لم يسلمه اليه ولا احد من عنه
جهته والملق في موضع منها البراءة كما هنا وهو اجود ولو سلمه اجنبي عن الكفيل فكذلك ولو لم يكن كذلك فالوجهان الا انه آخر
في التذكرة جزم هنا بالتفصيل وزاد انه لا يجب على المكفول له قبوله الا ان يكون التسليم صادرا عن اذن الكفيل محتجا
بعدم وجوب قبض الحق الا من عليه لكن لو قبل برئ الكفيل وفي كل من هذه الفروع نظر والاطلاق المص وجماعة يقتضي
عدم الفرق ولعله اوجه وكلام التذكرة مختلف وسابقه يقتضي التفريع عند الشافعية فانه لا يرتضيه
الا انه عبارته وقعت مختلفة لو قال الكفيل ابرأت المكفول فانكر المكفول له كان القول قوله مع يمينه
فلو رد اليمين الى الكفيل برئ من الكفالة ولم يبرأ المكفول من المال انما كان القول قول المكفول له لاصالة بقاء الحق مع اعتراف يحلف
الكفيل بثبوته ابتداءً لاقتضاء دعوى الابراء ذلك هذا مع عدم البينة للكفيل على الابراء ثم اما ان يحلف
المكفول له على بقاء الحق او يرد اليمين على الكفيل فان حلف برئ من دعوى الكفيل وثبتت الكفالة ثم اذا جاء بالمكفول على
فادعى البراءة ايضا لم يكتف باليمين التي حلفها المكفول له للكفيل بل عليه له يمين اخرى لان هذه الدعوى مستقلة
مغايرة لتلك فان دعوى الكفيل انما كانت لبراءة نفسه وان لزمها بالعرض دعوى براءة المكفول وان لم يحلف
ورد اليمين على الكفيل وهو القسم الذي ذكره المص حلف الكفيل برئ من الكفالة ولا يبرأ المكفول من المال لما ذكرناه من
اختلاف الدعويين ولان الانسان لا يبرأ من الحق بيمين غيره نعم اذا حلف المكفول اليمين المردودة برئا معا وان
كان قد حلف المستحق اولا للكفيل على عدم الابراء لسقوط الحق عن المكفول فيسقط الكفالة كما لو ادى الحق وكذا لو نكل
المكفول له عن يمين المكفول فحلف هو برئا معا لو كفل الكفيل آخر وترامت الكفالة جاز لما كان ضابط جواز
الكفالة ثبوت حق على المكفول وان لم يكن مالا صح كفالة الكفيل من كفيل ثان لان الكفيل الاول عليه حق للمكفول له و نبهم فاندم
هو احضار المكفول الاول وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل وهكذا وهو معنى الترامي ثم يختلف حكم الاحضار
متى احضر الكفيل الاخير مكفوله برئ من الكفالة خاصة وبقي على مكفوله احضار من كفله وهكذا ولو
احضر الكفيل الاول مكفوله برئ الجميع لانهم فرعه وان احضر الكفيل الثاني الكفيل الاول برئ هو وبرئ من بعده
من الكفلاء وهكذا ولو برئ المكفول له الاول غريمه المكفول الاول وهو الاصل برئوا اجمع لزوال الكفالة بسقوط

متى احضر الكفيل الاخر مكفوله برئ من الكفالة خاصة وبقي على مكفوله احضار من كفله وهكذا ولو احضر الكفيل
الاول مكفوله برئ الجميع لانهم فرعه وان احضر الكفيل الثاني الكفيل الاول برئ هو وبرئ من بعده من الكفلاء وهكذا
ولو ابرئ المكفول له الاول غريمه المكفول الاول وهو الاصل برئوا اجمع لزوال الكفالة بسقوط الحق ولو ابرئ غيره
من كفالته اى اسقط عنه حق الكفالة برئ من بعده دون من قبله ومتى مات واحد منهم برئ من كان فرعا له بموت من عليه
الحق برئ الجميع وبموت الكفيل الاول برئ من بعده وبموت الثاني برئ الثالث ومن بعده دون من قبله وهكذا
بموت الثالث يبرئ من بعده ولا يبرئ الاولان وقد تقدم في الضمان والحوالة ورود الترامي والدور فيهما اما الكفالة
فلا يصح دورها وان صح ترامیها لان حضور المكفول الاول يوجب براءة من كفله وان تعذر فلا معنى لمطالبته
باحضار من كفله   لا يصح كفالة المكاتب على تردد   القائل بعدم صحة كفالة احد المكاتب الشيخ رحمه الله
بناء على اصله المنكر من جواز الكتابة المشروطة من قبله وكلا يجب عليه اداء مال الكتابة فلا يصح كفالته
لان الغرض منها حضوره لاداء ما عليه ويرد بعدم ما يدل على الصحة ويزيد هنا انه اما عبد او مديون وكلاهما
مجوز للكفالة وموجب للاحضار وقد عرفت ان الخلاف في المشروطة خاصة وان اطلق في جميع المواضع
لو كفل براسه او بدنه او بوجهه صح لانه قد يعبر بذلك عن الجملة عرفا ولو تكفل بيده او برجله واقتصر
لم يصح اذ لا يمكن احضار ما شرط مجردا ولا يسري الى الجملة   الاصل في الكفالة ان يتعلق بذات المكفول بان يقول كفلت
لك فلانا او انا كفيل به او باحضاره لان الغرض الذاتي منها احضاره حيث يطلبه المكفول له وفي حكمه ذاته ونفسه
وبدنه لانها بمعنى واحد في العرف العام وان اختلفت في الحقيقة بحسبها واما الوجه والراس فالمراد منهما بحسب
الوضع الجزء المخصوص منه الا انهما قد يطلقان عرفا على الجملة فيقال بئس راسه ووجهه ويجوز لك ويراد به ذاته
وجملته وقد اطلق المص رحمه الله الحكم بصحة الكفالة حيث يعلق بهما حملا على المتعارف والحق به العلامة الكبد
والقلب وكل عضو لا يبقى الحيوة بدونه والجزء الشائع فيه كثلثه وربعه لانه لا يمكن احضار المكفول
الا باحضار كله وفي الكل نظر اما الاول فان العضوين المذكورين وان كانا قد يطلقان على الجملة الا ان
اطلاقهما على نفسهما خاصة ايضا شايع متعارف ان لم يكن اشهر وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه
المصحح مع الشك في حصول الشرط واصالة البراءة من لوازم العقد غير واضح نعم لو صرح بارادة الجملة من
العضوين اتجهت الصحة كارادة احد معنى المشترك وكما انه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجملة قطعا مثل الجزء

الذي لا يمكن

الذي لا يمكن الحيوة بدونه وبالجملة فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينة تدل على احدهما يقتضي ذلك ولا يصح تعليل
الصحة بانه قد يعبر بذلك عن الجملة واما الثاني وهو الاجزاء التي لا يعيش بدونها وما في حكمها ولان احضاره وان كان لا يمكن
بدونها الا ان ذلك لا يقتضي صحة العقد لان المطلوب من الكفالة هو المجموع او ما يطلق عليه كما في السابق على تقدير
تسليمه اما اذا تعلق ببعضه فلا دليل على صحته وانما توقف احضار الجزء المكفول على الباقي لان الكلام في مجرد احضاره
بل في احضاره على وجه الكفالة الصحيحة موجب احضار ما لا يتعلق به الكفالة مرتب على صحة كفالة الجزء الذي
تعلقت به وذلك الجزء ليس هو المطلوب شرعا بل في الجملة ولا يتم التعليل ولا اثبات الاحكام الشرعية الملقاة من
الشارع بمثل هذه المناسبات ولو جاز اطلاق هذه الاجزاء على الجملة مجازا لم يكن ذلك كافيا لكونه غير متعارف
مع ان في المتعارف ما قد سمعت وبحث فالقول بعدم الصحة اوضح واما الجزء الذي يبقى الحيوة بعد زواله ولا يطلق
عليه اسم الجملة كاليد والرجل فعدم الصحة فيه اشد وضوحا كما جزم به المص واستشكل فيه في القواعد
مما ذكر ومن عدم امكان احضاره على حالته بدون الجملة فكان كالراس والقلب لا بعد القول بالصحة فيه
لمن قال بها فيما سبق وان كان الحكم فيه اضعف

كتاب الصلح

وهو عقد شرع لقطع التجاذب   الاصل في عقد الصلح انه موضوع لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين
قال الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا وقال
تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما لكنه عندنا قد صار عقدا مستقلا بنفسه
لا يتوقف على سبق خصومة بل لو وقع ابتداء على عين بعوض معلوم كان كالبيع في افادة نقل الملك
وعلى منفعة كان كالاجارة الى غير ذلك من احكامه لاطلاق النصوص بجوازه من غير تقييد بالخصومة كقول
النبي صلى الله عليه وآله الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقول الصادق عليه السلم
الصلح جائز من الناس والاصل في العقود الصحة وللامر بالوفاء بها وهذا من الجملة فان قيل مقتضى
قول المص كغيره بانه شرع لقطع التجاذب اشتراطه بسبق خصومة كما يقوله بعض العامة لان
القاطع للتجاذب مسبوق به قلنا لا يلزم من كون اصل شرعيته لذلك ثبوته في كل فرد من افراده
كما اشرنا اليه سابقا من ان القواعد الحكمية لا يجب اطرادها في كل فرد كالقصر في السفر فان الاصل فيه وجود
المشقة بدونه مع عدمها في كثير من افراده خصوصا مع وجود النصوص المتناولة

ما طرقها او عمومها لما لا نزاع فيه فان قيل السفر الى المسافة مظنة المشقة والقصر تابع لها بخلاف الصلح فانه لم يعلق بما هو مظنته
قطع التجاذب بل اخر بنوعه فيما لا يعلق به ما لا منازعة فيه اصلا قلنا الموجب لاثبات الصلح وشرعيته امران كما قد عرفت سابقا احدهما
ما دل على انه موضوع لقطع التنازع من غير ان يدل على انحصاره فيه والاخر ما دل باطلاقه على جوازه مطلقا فيجوز ان
يكون اصل شرعيته لقطع التنازع من غير ان يدل على انحصاره فيه لما دل عليه ما في الادلة فمرجع العزالي الى ان الاصل فيه ذلك الحكم
لكنه تعدى الى غيره بالدليل كما ان الاصل في القصر كان السفر والخوف معا تخفيفا على المكلف كما دلت عليه الآية ثم تعدى
الى ما لا خوف فيه ولا مشقة بل الى ما لا سفر فيه ايضا على بعض الوجوه كالمحل والعزيز ونحوهما وكالمسح بالعقب الذي هو
نقصان في الخلقة لانه مظنة نقصان النعمة ثم تعدى الى ما لا نقصان معه بل الى ما فيه زيادة كالخصي الى غير ذلك من الاحكام
وبالجملة فالمرجع في اثبات الاحكام الشرعية الى الدليل الدال عليه لا الى الحكمة التي شرع لاجلها وهي اعم من موضع النزاع
وليس فرعا على غيره ولو افاد فائدته نبه بذلك على خلاف الشيخ رحمه الله في المبسوط حيث قال انه فرع على
عقود خمسة وهو مذهب الشافعي فجعله فرع البيع كما اذا افاد نقل الملك بعوض معلوم وفرع الاجارة اذا وقع
على منفعة مقدرة بمدة معلومة بعوض معلوم وفرع الهبة اذا تضمن ملك العين بغير عوض وفرع العارية اذا
تضمن اباحة منفعة بغير عوض وفرع الابراء اذا تضمن اسقاط دين او بعضه ونبه بقوله ولو افاد فائدته
على ان افادة عقد فائدة عقد آخر لا يقتضي كونه من افراده مع دلالة الدليل على اصالته فيتنسه كغيره من
العقود وعلى المختار هو عقد لازم لدخوله في عموم الامر وعلى قول الشيخ فلحقه حكم ما الحق به من العقود
في ذلك اللزوم الذي الحق به فيه ويصح مع الاقرار والانكار هذا عندنا موضع وفاق ولاطلاق
النصوص الدالة عليه ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منعه مع الانكار نظرا الى انه عاوض على ما لم يثبت
له فلم يصح المعاوضة كالبيع مال غيره ونحن نمنع بطلان المعاوضة على ما لم يثبت بالصلح فانه عين المتنازع والفرق
بينه وبين المنع ظاهر فان ذلك تصرف في ملك الغير بغير اذنه بخلافه هنا ولان معنى شرعيته عندنا وعنده على قطع
التنازع وهو شامل للحالين وصورة الصلح مع الاقرار ظاهرة واما مع الانكار فان يدعي شخص على غيره دينا او عينا
فينكر المدعى عليه فيصالحه على مال آخر او على بعض المدعى به او على غير ذلك من منفعة وغيرها والمراد بصحة الصلح
مع الانكار صحته بحسب الظاهر واما صحته بحسب نفس الامر فلا يستبيح كل منهما ما وصل اليه بالصلح وهو غير محق
فاذا انكر المدعى عليه المدعى به ظاهرا او صولح على قدر بعض ما عليه في الواقع او بعض العين او بمال آخر لم يستبح

المنكر ما بقي له

المنكر ما بقي له من مال المدعي عينا ودينا حتى لو كان قد صالح عن العين بمال آخر فهي باجمعها في يده مغصوبة ولا يستثنى له
مقدار ما دفع لعدم صحة المعارض في نفس الامر وكذا لو انعكس وكان المدعي مبطلا في نفس الامر لم يستبح ما صولح به من عين ودين
وانما حكم بالصحة بحسب ظاهر الشرع لاشتباه المحق من المبطل لان هذا كله اكل مال بالباطل وانما صالح المحق المبطل دفعا
لدعواه الكاذبة وقد يكون استدفع بالصلح ضررا عن نفسه او ماله ومثل هذا لا يعد تراضيا يبيح اكل مال الغير نعم
لو كانت الدعوى مستندة الى قرينة كما لو وجد المدعي بخط مورثه ان له حقا على احد او شهد له من لا يثبت
بشهادته الحق ولم يكن المدعي عالما بالحال وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه على اسقاطها بمال او على قطع المنازعة
فالمتجه صحة الصلح في نفس الامر لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها بمال او على قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح في نفس الامر
لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة حيث يتوجه اليمين على المنكر ولا يمكن ردها
الا ما احل حراما او حلل حراما هذا لفظ الحديث النبوي وفسر تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر
او استباحة بضع لا سبب لاباحته غيره او يشرب الخمر او احدهما الخمر ونحو ذلك وتحريم الحلال بان لا يطأ احدهما
حليلته او لا ينتفع بماله ونحو ذلك والاستثناء على ذلك متصل لان الصلح على مثل هذه باطل ظاهرا وباطنا وفسر بصلح
المنكر على بعض المدعى او منفعة او بدله مع كون احدهما عالما ببطلان الدعوى كما سبق تحريره والاستثناء عليه يكون
منقطعا للحكم بصحته ظاهرا وانما هو فاسد في نفس الامر والحكم بالصحة والبطلان انما يطلق على ما هو الظاهر
ويمكن كونه متصلا نظرا الى بطلانه في نفس الامر وهذا المثال يصلح للامرين معا فانه محلل للحرام بالنسبة الى الكاذب
محرم للحلال بالنسبة الى المحق وكذا يصح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ومع جهالتهما به
دينا كان او عينا الحكم مع علمهما به واضح من حيث صحة العقد لارتفاع الجهالة ويبقى في المبطل لمنازعة ما سلف
واما مع جهلهما بمقداره بحيث يتعذر علمهما عليه فعندنا انه جائز ايضا وهو مروي في الصحيح عن الباقر عليه السلام
والصادق عليهما السلام انهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري كل واحد منهما كم له عند
صاحبه فقال كل منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي فقال لا بأس ولان الحاجة تمس الى تحصيل
البراءة مع الجهل ولا وجه الا الصلح ولو كان احدهما عالما به دون الآخر فان كان الجاهل المستحق لم يصح الصلح

في نفس الامر الا ان يعلمه بالقدر او يكون المصالح به قدر حقه مع كونه غير معين ومع ذلك فالعبرة بوصول الحق
لا بالصلح وقد روى ابو حمزة عن ابي الحسن عليه السلم في يهودي او نصراني كان له عندي اربعة الاف درهم ومات
اصالح ورثته ولا اعلمهم كم كان قال لا يجوز حتى تخبرهم نعم لو رضي صاحب الحق باطنا بالصلح بذلك
القدر ولو علم قدر حقه فح يصح الصلح لحصول الرضا الباطني وقطع به في التذكرة ولو انعكس الفرض بان كان المستحق
عالما بالقدر والغريم جاهلا ويريد التخلص منه لم يصح الصلح بزيادة عن الصلح بل بقدره فما دون على الاول واعلم
ان بعد الاقسام يكون المصالح عليه متنازعا فيه عرفا لا يتم بل الحكم آت في مطلق المصالح وان لم يكن متنازعا مع علمهما
بما يصالحان عليه وجهلهما كوارث تعذر علمه بمقدار حصته وشريك امتزج ماله بمال آخر بحيث لا يتميز
ولا يعلمان قدر ما لكل منهما ونحو ذلك ولو علم احدهما وجب اعلام الآخر او ايصال حقه اليه كما قررناه ولو كان
جهلهما بقدره لتعذر المكيال والميزان ومست الحاجة الى نقل الملك فالاقرب جوازه وهو خيرة الدروس

وهو لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه   هذا مبني على ما سلف من كونه اصلا
بنفسه فيكون لازما لعموم الامر بالايفاء بالعقود المقتضي لذلك الا ما اخرجه دليل خاص وبحث على
قول الشيخ انه جائز في بعض موارده كما اذا كان فرع العارية او الهبة على بعض الوجوه او السكنى كذلك
كما اذا لم يتقيد بوقت وبالجملة فانه عنده يلحقه حكم ما افاد فائدته من تلك العقود   الا ان يتفقا
على فسخه بمعنى دخول الاقالة فيه كما يدخل في البيع واذا اتفقا على التقايل او وقع اتفاقهما على الفسخ فالاطلاق
اسماء اتفاقهما على فسخه من لزومه محمول على ما ذكرناه لانهما اذا اتفقا عليه صار العقد جايزا بل
في قوته حيث امره بيدهما كان البيع اللازم لا يطلق عليه اسم الجواز باتفاقهما على التقايل

واذا اصطلح الشريكان على ان يكون الربح والخسران على من هي بمنزلة الابراء اما قبله فلا لمنافاته وصحة
الشركة شرعا والمستند صحيحة ابي الصباح عن الصادق عليه السلم في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا
وكان من المال دين وعين وقال احدهما لصاحبه اعطني راس المال والربح لك وما توى عليك فقال
لا باس اذا اشترط وهذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء لا كما اطلقه المص

ولو كان

ولو كان معهما درهمان فادعاهما احدهما وادعى الآخر احدهما كان لمدعيهما درهم ونصف وللآخر ما بقي المراد
بكونهما معهما تحت يدهما لتساويهما في الدعوى اذ لو كان في يد مدعي الدرهمين قدم قوله بيمينه ولو كان في يد
مدعي الدرهم قدم قوله بيمينه واما اذا كانا تحت يدهما فانه يعطى لمدعيهما درهم لعدم منازعة الآخر فيه
ويتساويان في الدرهم الآخر لان كل واحد منهما صاحب يد ودعوى لجميعه فيقسم بينهما والمستند مع ذلك
رواية عبد الله بن المغيرة عن غير واحد عن الصادق عليه السلم قال في الدروس ويشكل ان ادعى الثاني النصف
مشاعا فانه يقوى القسمة نصفين ويحلف الثاني للاول وكذا في كل مشاع قال ولم يذكر الاصحاب هنا يمينا
وذكروها في المسئلة في باب الصلح فجاز ان يكون ذلك الصلح قهريا وجاز ان يكون اختياريا فان امتنعا فاليمين
مع ان العلامة قال في التذكرة والاقرب انه لا بد من اليمين فيحلف كل منهما على استحقاق نصف الآخر
الذي تصادمت دعواهما فيه وهو ما في يده فمن نكل منهما قضي به للآخر ولو نكلا معا او حلفا معا قسم بينهما
نصفين وما ذكره حسن لعدم اليمين على المنكر   وكذا لو اودعه انسان درهمين وآخر درهما وامتزج
الجميع ثم تلف درهم اي تلف بغير تفريط ليختص حينئذ في الدرهمين الباقيين والحكم وهذه كالسابقة هو المشهور
بين الاصحاب ومستنده رواية السكوني عن الصادق عليه السلم ويشكل الحكم مع ضعف المستند بان التالف
لا يحتمل كونه منهما بل من احدهما خاصة لامتناع الاشاعة هنا والموافق للقواعد الشرعية هنا القول
بالقرعة ومال اليه في الدروس الا انه تحاشى عن مخالفة الاصحاب ومقتضى الرواية انه يقسم كذلك وان
لم يتصادم دعواهما في الدينار وانه لا يمين ولذا لم يذكر الاصحاب هنا يمينا بناء على كون الحكم المذكور
قهريا كما ذكر في الدروس في المسئلة السابقة وربما امتنعت اليمين هنا اذا لم يعلم كل منهما بعين حقه
ولو كان بدل الدراهم مال يمتزج اجزاؤه بحيث لا يتميز وهو متساويها كالحنطة والشعير وكان لاحدهما قفيزان
مثلا وللآخر قفيز وتلف قفيز بعد امتزاجهما بغير اختيارهما فالتالف على نسبة المالين وكذا الباقي فيكون
لصاحب القفيزين قفيز وثلث وللآخر ثلثا قفيز والفرق ان الذاهب هنا عليهما معا بخلاف الدراهم
لانه حق لاحدهما خاصة قطعا   ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهما وللآخر ثوب بثلاثين ثم
اشتبها فان خير احدهما صاحبه فقد انصفه وان تعاسرا بيعا وقسم بينهما واعطي صاحب العشرين سهمين

ولا خلاف في هذا الحكم كالثاني مشهور بين الاصحاب ومستنده رواية اسحق بن عمار عن الصادق عليه السلم
انه قال في ثوبين احدهما بعشرين والآخر بثلثين فاشتبها باعهما ان يعطي صاحب الثلثين ثلثه اخماس الثمن
وللآخر خمسا الثمن وان خير احدهما صاحبه فقد انصفه والمصنف رحمه الله عمل بمضمون الرواية من غير تصرف وقبله
الشيخ وجماعة وفصل العلامة فقال ان امكن بيعهما منفردين وجب ثم ان تساويا فلكل واحد ثمن ثوب وان اختلفا فالاكثر لصاحبه وكذا الاقل منهما بناء على الغالب وان امكن جلا فه الا انه نادر لا اثر له شرعا فان لم يمكن
صارا كالمال المشترك شركة اجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على راس المال وعليه تنزل الرواية
وانكر ابن ادريس ذلك كله وحكم بالقرعة لانها لكل امر ملتبس وهو هنا حاصل وهو اوجه من الجميع لولا مخالفة المشهور
وظاهر النص مع انه قضية في واقعة يمكن قصره عليها والرجوع الى الاصول الشرعية وما ذكره المصنف من البناء على الغالب
ليس اولى من القرعة لانها دليل شرعي على هذه الموارد ومن الجائز اختلاف الاثمان والقيم بالزيادة والنقصان
لاختلاف الناس في المساهلة والمماكسة وعلى تقدير العمل بالرواية يقتصر حكمها على موردها ولا يتعدى الى الثياب
المتعددة ولا الى غيرها من الامتعة والاثمان مع احتماله لتساوي الطريق واستقرب في الدروس القرعة
في غير مورد النص وهو حسن ولو قيل به فيه كما اختاره ابن ادريس كان حسنا ايضا واذا بان احد
العوضين مستحقا بطل الصلح المراد به المعين في العقد لانه المتبادر من العوض في المعاوضة فلو كان
مطلقا رجع ببدله كالبيع ولو ظهر فيه عيب فله الفسخ وفي تخيره بينه وبين الارش وجه ولو ظهر غبن
لا يتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار وجهان احدهما ذلك دفعا للاضرار وان لم يحكم وهو خيرة
الدروس وقد تقدم في خيار الغبن من البيع انه لا نص عليه بالخصوص فيمكن استفادته هنا كما استفيد
هناك من الادلة العامة ويصح الصلح على عين بعين او منفعة وعلى منفعة بعين او منفعة
حيث كان الصلح مفيدا لفائدة العقود المتعددة وبعضها البيع وبعضها الاجارة وبعضها المنفعة لم يمنع
من صحة ما ذكره هنا لانحصار جوازه بما ذكر بل لو صالح على مثل اسقاط خيار او على حق اولوية في تحجير
او سوق ومسجد صح ايضا للعموم ولو صالحه على دراهم بدنانير او بدراهم صح ولم يكن
فرعا للبيع ولا يعتبر فيه ما يعتبر في الصرف على الاشبه الخلاف في ذلك مع الشيخ حيث جعله فرعا على البيع

في نقل الاعيان بعوض فيلحقه حكمه فلو كان العوضان من الاثمان لحقه حكم الصرف من اشتراط التقابض
في المجلس ولما كان الاصح استقلاله بنفسه لم يترتب عليه حكم البيع هنا لاختصاص حكم الصرف به هذا
من حيث الصرف اما من حيث الربوا فان الاقوى ثبوته في كل معاوضة والصلح احدها فلا بد من استثنائه
من قوله على دراهم بدراهم صح ولو اتلف على رجل ثوبا قيمته درهم فصالحه عنه على درهمين صح على الاشبه
لان الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم هذا انما يتم على القول بضمان القيمي بمثله ليكون الثابت في الذمة
ثوبا ويكون هو متعلق الصلح اما على القول الاصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمته المتلف انما هو الدرهم
فيلزم الصلح عليه بدرهمين الربوا فيبطل وهو الاقوى ولو ادعى دارا فانكر من في يده ثم صالحه
المنكر على سكنى سنة صح ولم يكن لاحدهما الرجوع وكذا لو اقر له بالدار وقيل له الرجوع لانه هنا فرع العارية
فالاول اشبه الخلاف هنا مع الشيخ كما تقدم حيث جعله مع كون متعلقه المنفعة بغير عوض فرع العارية
فلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه والاقوى عدم فرعيته واصالته وانما قيد المصنف ما لكان من هي في يده
مع جواز الصلح مع الاقرار والانكار ليتصور كون الصلح المذكور عارية عند الشيخ لانه اباحة منفعة بغير عوض
اما لو اقر له بها فان الصلح وان جاز الا ان المنفعة مقابلها عوض وهو العين فلا يتحقق العارية مع ان
الشافعي لما شرط في صحة الصلح الاقرار وجعله فرعا على العقود الخمسة مثل العارية بما ذكر هنا مع
كون المدعى عليه مقرا بها ووجدان العوضين من واحد وكان الحكم راجعا الى العارية
ولو ادعى اثنان دارا في يد ثالث بسبب يوجب الشركة كالميراث فصدق المدعى عليه احدهما فصالحه
على ذلك النصف بعوض فان كان باذن صاحبه صح الصلح في النصف اجمع وكان العوض بينهما وان كان بغير
اذنه صح في حقه خاصة اذا اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضيا للشركة فاقرار المتشبث
لاحدهما يقتضي لمشاركة فيما اقر به وان لم يصدقهما على النصف دون الآخر كما ان الفائت يكون ذاهبا
عليهما بمقتضى اقرارهما والحاصل ان اشتراكهما في المقر به ثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة لا من جهة
الاقرار فلا يؤثر في تخصيص المقر احدهما بالملك وح فاذا صالح المقر له المتشبث على النصف المقر به

فان كان الصلح باذن شريكه صح في جميعه بجميع العوض والا في حصته المصالح خاصة بنسبتها من العوض وبقي
ما في النصف ملكا للشريك الآخر   اما لو ادعى كل واحد منهما النصف من غير سبب موجب للشركة لم يشتركا فيما
تقر به لاحدهما كما لو ادعى احدهما النصف بسبب الارث مثلا والآخر بالشراء فان ملك احدهما لا يستلزم
ملك الآخر فلا يقتضي الاقرار لاحدهما بما يدعيه مشاركة الآخر اياه ومثله ما لو ادعى كل منهما انه اشترى
النصف من غير تقييد بالمعية نعم لو كانا اشترياها معا او اتهباها وقبضا معا ففي ذلك وجهان والذي ذكره
ان الحكم فيه كالاول لاعتراف المقر بان السبب المقتضي لتملكه مقتض لملك الآخر ويحتمل العدم لان تملك الملك
مع الاشتراك بهذا الوجه بمنزلة الصفقتين هذا ان ورد ما ذكره المص وجماعة في القسمين ويشكل بان
هذا الاسم الاعلى التنزيل منزل البيع والصلح على الاشاعة كالاقرار وهم لا يقولون به بل يحملون
اطلاقه على ملك البايع والمصالح حتى لو باع ابتداء مالك النصف نصف العين مطلقا انصرف الى نصيبه
ووجهوه بان اللفظ من حيث هو وان تساوت نسبته الى النصفين الا انه من خارج قد ترجح لانصرافه
الى النصف المملوك للبايع نظرا الى ان اطلاق البيع انما يحمل على المتعارف في الاستعمال وهو البيع الذي
يترتب عليه انتقال الملك لفعل المتعاقدين ولا يجري ذلك الا في المملوك بخلاف الاقرار فانه اخبار عن ملك
الغير بشيء يستوي فيه ما هو ملكه وملك غيره فاللازم هنا ان ينصرف الصلح الى النصف المقر له خاصة
ويصح في جميع الحصة بجميع العوض ويبقى النزاع بين الآخر والمتشبث هذا ان وقع الصلح على النصف مطلقا
او النصف الذي هو ملك المقر له اما لو اقر على النصف الذي اقر به المتشبث توجه قول الجماعة
لان الاقرار منزل على الاشاعة والصلح وقع على المقر به فيكون تابعا له فيها وعلى هذا ينبغي حمل
كلامهم لئلا ينافي ما ذكروه من القاعدة التي ذكرناها وهذا توجيه حسن لم ينبهوا عليه وانما ذكر
الشهيد رحمه الله في بعض تحقيقاته احتمال انصراف الصلح الى حصة المقر له من غير مشاركة الآخر مطلقا
وتبعه عليه الشيخ علي وربما فرق في مسألة الارث بين كون الصلح قبل قبض التركة وبعده لان
الحاصل منها قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة الى الورثة والتالف لا يحسب عليهم فكانه لم يكن
وامتناع

وامتناع الوصول اليه كتلفه في هذا الحكم وهذا الفرق انما يتم فيما لو قبض احد الوارثين شيئا من اعيان التركة او باعه
اما الصلح فيبنى على ما لو صالح احد الشريكين في الدين على حقه وهذا امر يمكن نقله بعوض وبغير عوض فالبحث السابق آت
في مسألة الارث قبل القبض وبعده وبما ذكرناه يعلم حكم المدعى المذكور الذي قد صولح على بعضه لو كان دينا
فان قبض عوض الصلح منه يكون كقبض احد الشريكين في الدين حصته بالصلح وقد تقدم الكلام فيه في باب القرض
ويأتي منه في باب الشركة مزيد بحث   ولو ادعى عليه فانكر فصالحه المدعى عليه على سقي زرعه او شجره
بمائه فقيل لا يجوز لان العوض هو الماء وهو مجهول وفيه وجه آخر بالصحة جواز بيع ماء الشرب التنول
بالمنع للشيخ رحمه الله محتجا بجهالة الماء والجواز اقوى مع ضبطه بمدة معلومة ومثله ما لو كان الماء معوضا
مع ان الشيخ منع من بيع ماء العين والبئر وبيع جزء مشاع منه وجوز جعله عوضا للصلح ويمكن ان يكون
منعه من الصلح على السقي المذكور مطلقا كما يدل عليه الاطلاق والماء فيه مجهول لا يدخل في احد الاقسام
لانه لم يستحق جميع الماء ولا بعضا منه معينا انما استحق سقيا لا يعرف قدره ولا مدة ابهامه ومن
ثم شرطنا في الجواز ضبط المدة وهو لم يصرح بالمنع مع ولو تعلق الصلح بسقيه دائما لم يبعد الصحة لان جهالة
مثل ذلك يتسامح بها في باب الصلح   اما لو صالحه على اجراء الماء الى سطحه او ساحته صح بعد العلم
بالموضع الذي يجري الماء منه   المراد بعلم الموضع الذي يجري منه ان يقدر مجراه طولا وعرضا لترتفع
الجهالة عن المحل المصالح عليه ولا يعتبر تعيين العمق لان من ملك شيئا ملك قراره الى تخوم الارض ولا فرق في صحة
ذلك بين جعله عوضا بعد المنازعة ومن اتفاقه ابتداء وبه اطلق المص وغيره حكم الماء من غير ان يشترط مشاهدته
لان بيع العذر ولا باس باعتباره لاختلاف الاغراض بقلته وكثرته ولو كان ماء مطر اختلف بكبر محله وصغره
ومعرفته تكون بمعرفة محله وحيث يقع السطح او يحتاج الساقية الى الاصلاح وجب على المالك
الاصلاح لتوقف الحق عليه وليس على المصالح مساعدته   واذا قال المدعى عليه صالحني عليه
لم يكن اقرارا لانه قد يصح مع الانكار   اشار بالتعليل الى الرد على بعض العامة حيث زعم ان الصلح لا يصح
الا مع الاقرار وفرع عليه ان المدعى عليه قبل الاقرار لو قال صالحني على العين التي ادعيتها يكون ذلك منه

اقرار الا انه طلب منه التملك وذلك متضمن الاعتراف بالملك فصار كما لو قال ملكني ولما كان عندنا الاصل منوعا الجواز
الصلح مع الاقرار والانكار لم يكن طلبه اقرارا   اما لو قال بعني او ملكني كان اقرارا لانه صريح في التماس التمليك
وهو ينافي كونه ملكا له لاستحالة تحصيل الحاصل ولا شبهة في كونه اقرارا بعدم ملك المقر وكونه ملكا للغير في
الجملة اما كونه ملكا لمن طلب منه البيع او التمليك ففيه نظر من كونه اعم من ملكه اذ قد يكون وكيلا واذا احتمل اللفظ الامرين
لم يحصل المقتضي للملك الذي كان منفيا بالاصالة عدمه وبالجملة فمرجع الاقرار الى كونه مالكا للبيع لا مالكا للمبيع لانه اخص
فلا يدل عليه العام نعم لو اقترن بذلك كون المطلوب منه تحت يد المخاطب مرجح جانب ملكه لدلالة اليد على الملكية
والاصل عدم مالك آخر وقد نبه على ذلك العلامة في المختلف والشهيد في الدروس وهو قوي ويتفرع عليه ما لو عاد
اقربه لآخر ثبت له ولم يغرم للاول اذ لم يحكم له به   ويجوز اخراج الرواشن والاجنحة الى الطرق النافذة
اذا كانت عالية لا تضر بالمارة   الرواشن والجناح يشتركان في اخراج خشب من حائط المالك الى الطريق بحيث
لا تصل الى الجدار المقابل ويبنى عليها ولو وصلت فهو الساباط وربما فرق بينهما بان الاجنحة ينضم اليها مع ما ذكر ان
يوضع اليها اعمدة من الطريق والمرجع في الضرر وعدمه الى العرف ويعتبر في المارة ما يليق بتلك الطريق عادة فان
كانت مما يمر عليها الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح على وضعه مما لا عادة واعتبر في الذكرى
مروره ناصبا رمحه لانه قد يزدحم الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح ونفاه في الدروس لندوره ولامكان
اجتماعهم مع امالته على وجه لا يبلغهم وهو قوي وان كان مما يمر فيها الابل اعتبر فيها مروره محملا ومركوبا
وعلى ظهره محمل ان امكن مرور مثل ذلك عادة وهكذا يعتبر ما يجري العادة بمروره على تلك الطريق ويستدل بنفي ضرر المارة
بل ابلهتم مسه على عدم اعتبار نفي ضرر غيرهم كما لو تضرر جاره بالاشراف عليه فانه لا يمنع لاجله كما لا يمنع لو كان
وضعه في ملكه واستلزم الاشراف عليه خلافا للمذكور حيث الحق الاول بضرر المارة وعرف منه ومن
وضعه في ملكه ان الروشن مشروط بعدم الضرر لان الهواء ليس في ملكه بخلاف الموضوع في ملكه لان للانسان
التصرف في ملكه كيف شاء وان استلزم الاشراف على الجار والظلمة عليه فانما يمنع من الاشراف لا من التعلية
المتصلة لامكانه ولست اعرف في هذه المسئلة بالخصوصية نصا من الخاصة ولا من العامة وانما

صرت الى ما ملت

صرت الى ما ملت عن اجتهاد وفيه نظر لان المعتبر في الموضوع في الطريق عدم الاضرار باهل الطريق لانه موضوع
للاستطراق فيمنع مما نافيه اما اعتبار عدم الاضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه بل قد تقدم انه لا يمنع مما يضر بغير معتاد
سلوكه خاصة فضلا عن غير المارة والجار خارج عن ذلك كله فلا وجه للمنع مما يقتضي اضراره كما لو احدث بناء في مباح
تقابله واستلزم الاشراف عليه وكلام العلامة وغيره حيث قيدوا الضرر بالمارة دليل عليه وانما عمم هو الضرر
في فرعه خاصة   ولو عارض فيها مسلم على الاصح فيه على الاصح على خلاف الشيخ رحمه الله حيث شرط في
جوازه وضعه عدم معارضة احد من المسلمين لانه حق لجميع المسلمين فيمنع بمعارضة واحد منهم فيه ولانه لو سقط
منه شيء فضر به بلا خلاف وهو يدل على عدم جوازه الا بشرط الضمان ولانه لا يملك الا قراره وانما يملك الهواء فلمالك
الاقرار المعارضة وهو مذهب ابي حنيفة ايضا واجيب بان الغرض عدم التضرر به للمارة فالمانع منهم معاند
ومن غيرهم لا حق له لاتفاق الناس عليه في جميع الاعصار والامصار من غير نكير وسقيفة بني ساعدة وبني النجار
اشهر من الشمس في رابعة النهار وقد كانتا بالمدينة في زمن النبي صلى الله عليه وآله ويدخل في عدم اعتبار معارضة
المسلم جاره فليس له منعه ليخرج هواه ولو كان الهواء بينهما ايهما سبق استحق وللآخر اخراج روشن تحاذى من الهواء
وليس للاول منعه وان استلزم الاشراف عليه الاعلى النزاع السابق وكذا يجوز للثاني الاخراج فوقه وتحته اذا لم يضر
به وجه في العدوان لا يضر بالمارة في الاول ان لم يكن له سقف او على سقفه ان كان ولو اظلم الطريق وضع
الثاني ازيل خاصة وان كان لكل واحد اثر في الظلمة لان الضرر انما حصل بالثاني وان كان لولا الاول لم يحصل
ولو كانت مضرة وجب ازالتها   وجوب ازالتها لا يختص بواضعها وان كان الامر فيه آكد لكونه غاصبا فان
ازالتها رفع المنكر فيجب على كل قادر المعاونة عليه بالقول والفعل ويأثم تارك السعي مع قدرته كما في كل منكر
ولو اظلم بها الطريق فقيل لا يجب ازالتها   القائل بذلك الشيخ في المبسوط وموضع الخلاف ما اذا لم يذهب
الضياء بالكلية والا منع اجماعا وانما اطلقها جراه حصول الضرر بالمارة ولو لم يضعف السير لا جوازه وضعه
مشروط بعدم ضرر المارة وعلى هذا فالمنع انما يتوجه على الظلام والشيخ عدم تأثير الظلمة لا الى وجودها مطلقا ولا
نرى في الضرر بين وقوعه للاول ابتداء   ويجوز فتح الابواب المستجدة فيها اي في الطريق النافذة لان المسلمين

فيها شرع سواء فيجوز احداث الابواب اليها لمجاورها سواء كان لسلك الدار باب آخر اليها ام الى غيرها من الطرق النافذه
او المرفوعه ولا يصلح في ذلك صيرورة المرفوعه نافذه بسبب المسوح المتصل بالنافذ لان ذلك يوجب سدود دار لا سدود الطريق
اذ ليس لاحد دخول داره الا باذنه فلا يتحقق نفوذ الطريق   اما الطرق المرفوعه فلا يجوز احداث باب فيها ولا جناح
ولا غيره الا باذن اربابه سواء كان مضرا ام لم يكن لانه مختص بهم   الطريق المرفوع ملك لاربابه كسائر املاكهم فيكون كالمال
المشترك لا يصح لاحد من اربابه التصرف فيه الا باذن الباقين سواء كان التصرف باحداث الباب والساباط والروشن
ام غيرها وسواء اضر بهم ام لم يضر وكذا لا يجوز ذلك لغير اربابه بطريق اولى وشبه بقوله سواء كان مضرا ام لم يكن
على خلاف بعض العامه حيث جوز لاهل السكه احداث ذلك اذا لم يضر بالماره والمراد بالمرفوعه المسدوده التي لا تنتهي
الى طريق آخر ولا مباح بل الى ملك الغير وماربابها من له باب نافذ اليها دون من يلاصق داره ويكون حائطه اليها من غير
نفوذ وما يترتب على ملكهم لها جواز سترها عن السكه والاستماع بها كغيرها من املاكهم مع اتفاقهم على ذلك ولو اختلفوا
لم يكن لمن اراده ذلك وانما يجوز ذلك اذا لم يكن فيها مسجد او رباط او مطهره موقوفه على العموم قديمه او حادثه
فانه حينئذ لا يجوز لهم المنع من المرور اليها ولا احداث ساباط ونحوه مما يضر بالماره وان رضي اهل السكه لانها
صارت حقا لسائر الناس وفي حكمه ما لو جعل بعضهم داره احد تلك الامور مما يدخل في المنع من التصرف في المرفوعه
بغير اذن اربابها المرور فيها والوقوف فيها ما يقدم من الملك والاولى الاكتفاء فيه بشاهد الحال فلو منع احدهم
حرم اما الجلوس فيها وادخال الدواب اليها ونحو ذلك فلا مع اذن الجميع لاصالة حرمة مال الغير بغير اذنه
واستفاء شاهد الحال فيه غالبا نعم لو كان الجلوس خفيفا غير مضر بتا وله شاهد الحال   وكذا لو اراد
فتح باب لا يستطرق فيه دفعا للشبهة اي لشبهة استحقاقه المرور فيه بعد تطاول الزمان فانه
اذا اشتبه حاله يشعر باستحقاقه المرور لانه وضع له وبهذا يحصل الفرق بين فتح الباب ورفع الحائط
جملة فان الثاني جائز دون الاول لان رفع الحائط لا يدل على استحقاق المرور بخلاف الباب ولا فرق فانه ليس
منه دلالة عليه بخلاف الباب ولا فرق في هذا الحكم بين الذي لا حق له في الطريق المذكورة كالجار الملاصق
لها بحائطه وبين من له باب فيها اذا اراد احداث باب آخر ادخل من بابه لا شتراكهما في استحقاق المرور

في المحل الذي

في المحل الذي فتح فيه الباب ويحتمل ضعيفا الجواز لما سيأتي   ويجوز فتح الروازن والشبابيك لان الانسان
مسلط على التصرف في ملكه بما شاء والشبهه المتطرقه من الباب منتفيه هنا وكما يجوز فتحهما الى الدرب المرفوعه يجوز
الى غيرها من الاملاك والدور وان استلزم الاشراف على الجار لان المحرم هو التطلع لا التصرف في الملك وقد يعد بذلك
الاستضاءه في بنيته وليس للجار سد ذلك نعم له وضع شيء في ملكه يمنع الاشراف وان منع الضوء   ومع
اذنهم فلا اعتراض لغيرهم   اذنهم في ذلك يفيد جواز التصرف كالعاريه يجوز لهم ولكل واحد منهم الرجوع فيها
وبطل بموته وخروجه عن التكليف بجنون او اغماء ونحوهما ونحو فالمراد بغيرهم من خرج عن استحقاق الطريق
اذ لا حق لهم فيها وان امكن استطراقهم وتضررهم وليس المراد بغيرهم من يشمل الطبقه الثانيه منهم لبطلان
الاذن بموته كما ذكرناه   ولو صالحه على احداث روشن فقيل لا يجوز لانه لا يصح افراد الهواء
بالبيع وفيه تردد   القول للشيخ رحمه الله بناء على ما ذكره من المنع من افراد الهواء بالبيع وموضعه الصلح له في ذلك
والمقدمتان ممنوعتان واولد له بعض الصلح مقدا وله وصمم صالحهم تعود الى اهل الدرب المرفوعه وهو يقتضي باطلاقه
استحقاق الجميع كذلك وهو مخالف لما سيأتي من اختصاص الداخل بما بين البابين والذي يلزم من التفريع على ذلك ان
الروشن المحدث ان كان خارجا عن جميع الابواب فهو حق لهم اجمع وان كان داخلا عن بعضها لم يتوقف
على اذن الخارج وهل يتوقف على رضا الجميع كالاول للاحتياج اليه عند ازدحام الدواب والاحمال ونحوه
في الدروس وهو الاشهر   ولو كان لانسان داران باب كل واحده منهما الى زقاق غير نافذ جاز ان يفتح
بينهما بابا   لان له حق السلوك في كل واحد ورفع الجدار الحائل بين الدارين وجعلهما واحده فيفتح باب من احداهما
الى الاخرى اولى ومنع منه بعض العامه لانه يثبت له حق الاستطراق في درب مملوكه للدار لا حق لها فيها
ولانه ربما ادى الى اثبات الشفعه لو بيعت بعض دور احدى الطريقين بسبب الاشتراك في الطريق لكل واحده
من الدارين في زقاق الاخرى على تقدير القول بثبوتها مع الكثره والاقوى ان كل دار على ما كانت عليه من استحقاق
الشفعه بالشركه في الطريق ولا يتعدى الى الاخرى وان جاز الاستطراق لان ذلك الفتح لم يوجب حقا
للدار في الطريق الاخرى وانما اباح الاستطراق من داره الى داره الاخرى وهي صار فيها استحق المرور في طريقها

تبعاً لمرور ثاني ونذر بني منه الاولى   ولو احدث في الطريق المرفوع حدثاً جاز ازالته لكل من له عليه
استطراق لا فرق في الحدث بين كونه مضراً وغيره ولا فرق بين كونه في الهواء كالروشن او في الارض كبناء دكة
ووضع خشبة وحجارة ونحو ذلك ولا بين كونه من اهل تلك الطريق وخارجه لاشتراك الجميع في كون ذلك تصرفاً
في ملكهم فكان لهم ازالته وكذا لا فرق بين وقوعه باذن بعضهم وعدمه بل لو بقي واحد بغير اذن فله المنع والازالة
والكلام في اذن الجميع والبعض بالنسبة الى كون الحدث داخلاً وخارجاً كما تقدم   ولو كان في زقاق بابان
احدهما ادخل من الآخر فصاحب الاول يشارك الآخر في مجازه وينفرد الادخل بما بين البابين   هذا هو المشهور
من الاصحاب ووجهه ان المقتضي لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه فلا يشارك في الداخل
وقيل يشارك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة في صدرها لاحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الاثقال
ولان انحصار تصرف الخارج على ما يخرج عن بابه امر بعيد بل متعسر والمتعارف الاحتياج الى جملة من الداخل
وان قلت فالقول بالانحصار على ما حاذى الباب وما خرج ليس بجيد ويقوى في الدروس الاشتراك في الجميع
ولو كان في الزقاق فاضل الى صدرها وتداعيا فيها فهم فيه سواء لاستوائهم في الارتفاق بها ملا او لوية لواحد على غيره
بخلاف ما بين البابين لان ادخلهما الباب بمعنى الاستطراق وهو مختص بالمستطرق فيحصل الترجيح ويشكل ذلك
على القول باختصاص الداخل بما بين البابين لتوقف الانتفاع بتحجر بالفضلة على استحقاق السلوك اليها فاذا لم يكن
للخارج حق السلوك لا يترتب على تصرفه الفاسد ثبوت يد على الداخل ويندفع بان ثبوت ملك شيء لا يوقف
على سبيل له ومع ذلك يمكن دخول الخارج الى الفضلة يشاهد الحال كسلوك غيره ممن لا حق له في ملك الطريق به
فاذا انضم الى ذلك اشتراكهم جميعاً في التصرف في الفضلة حكم باشتراكهما فيهم ولا يرد مثله في المسلك بين البابين حيث
يجوز للخارج دخوله فيه لكن الداخل له عليه يد بالسلوك المستمر عليه الذي لا يتم الانتفاع بداره الا به
بخلاف الفضلة فان يدهم فيها سواء اذ لا تصرف لهم فيها الا بالارتفاق وهو مشترك ولو قلنا باشتراكهم
في جميع الطريق كما اختاره الشهيد فالحكم في الفضلة اولى   ويجوز للداخل ان يقدم بابه الى الخارج
وكذا الخارج ولا يجوز للخارج ان يدخل بابه وكذا الداخل   الوجه في ذلك كله ما تقدم من اختصاص كل
داخل عن الخارج بما دخل عنه ومشاركته فيما خرج فيجوز للداخل اخراج بابه لثبوت حق الاستطراق له في جميع

الطريق

الطريق الى بابه فكل ما خرج عنه له فيه حق وله حق التصرف في جوازه برفعه اجمع وبعضه اولى ولا فرق في ذلك
بين ان يسد الاول كما يقتضيه ظاهر العبارة وبنفسه ولا يمنع تكثر الابواب لعدم تفاوت الحال وربما قيل باشتراط
سد الاول واما الخارج فلما لم يكن له حق فيما جاوز بجانبه الى داخل لم يكن له الدخول الا باذن الداخل الا على القول السابق
وربما احتمل جواز دخوله وان لم نقل بمشاركته في الداخل نظراً الى انه كان له ذلك في ابتداء وضع الدار برفع الحائط
اجمع فيستصحب ويضعف بان تملك المباح انما يقع على الوجه الذي يقع فانه كان له فتح بابه ابتداء
الى اي الجهات شاء فلما   حق له منع من ذلك لسبق من حوله بالاحياء على فتحه ومثله القول في الجدار الداخل
من الطريق فانه لو وضع بابه خارجه رفع عنه يده واحياه وانفرد بها الداخل فيقدم واما رفع جميع الحائط فلا يستطرق
الا شبهة بخلاف الباب كما تقدم   ولو اخرج بعض اهل الدرب النافذ روشناً لم يكن لمقابله معارضته
ولو استوعب عرض الدرب لما كان حد الطريق النافذ غير مختص بذوي الدور لم يكن للجار المقابل ولا غيره
الاعتراض على واضع الروشن فيه وان استوعب الدرب اذا لم يكن ضاراً بالمارة نعم لو وضع شيئاً منه
على جدار المقابل فله المنع منه   ولو سقط ذلك الروشن فسبق جاره الى عمل روشن لم يكن للاول
منعه لانهما فيه شرع كالسبق الى القعود في المسجد لان الاول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه
وانما اكتسب اولوية فاذا زال زالت كالقعود في المسجد والسوق حتى لو فرض ان الثاني اخرب روشن
الاول ووضع روشنه لم يكن للاول ازالة الثاني وان كان الثاني يد ... ارش الاول والاكتساب ثم لزوال
الاولوية ومثله القول في المشبه به   اذا التمس وضع جذوعها على حائط جاره لم يجب على الجار
اجابته ولو كان خشبة واحدة ولكن يستحب   هذا عندنا موضع وفاق ولقوله صلى الله عليه
وآله لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ولقضاء العقل بقبح التصرف في مال الغير نعم يستحب
استحباباً مؤكداً لما روي عنه صلى الله عليه وآله من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يمنعن
جاره من وضع خشبة على جداره وهو على تقدير ثبوته منزل على الاستحباب المؤكد وذهب
بعض العامة الى جوازه عملاً بالحديث   ولو اذن جاز الرجوع قبل الوضع وبعد الوضع لا يجوز

وجوبه

ويجوز حينئذ مع الضمان الكلام هنا في مواضع احدها في جواز الرجوع بعد الوضع وقد منع منه الشيخ ومن تبعه لاقتضاء الاذن في مثل ذلك الدوام كالاذن في دفن الميت في الارض وللضرر الحاصل بالنقض حيث يفضي الى خراب ملك الماذون والاقوى الجواز لانه عارية ولان الاصل جواز تصرف المالك في ملكه كيف شاء والحاقه بالدفن قياس مع الفارق لتحريم نبشه دون خراب البناء الثاني على تقدير الجواز هل ينقض مجانا او مع الارش وجهان مبناهما على ان الاذن انما افادت العارية ولازمها الرجوع متى اراد مع اصالة براءة ذمة المالك من ثبوت مال الغرم على تخليص ملكه منه مع اصالة البراءة مطلقا وانه بناء محترم صدر بالاذن فلا يجوز قلعه الا بعد ضمان نقصه ولان فيه جمعا بين الحقين ولانه سبب الاتلاف لانه والمباشر ضعيف لانه بالامر الشرعي وهو اقوى الثالث على تقدير ثبوت الارش قيل هو عوض ما نقصت الات الواضع بالهدم او تفاوت ما بين العامر والخراب وجهان مبناهما على ان البناء اذا كان محترما فهو بهيئته حق لبانيه فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامرا وخرابا لان ذلك هو نقص المالية ومن ان بعض هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار فلا يضمنه انما يضمن نقصان مال الغير الذي كان سبب اتلافه وفواته والاول اقوى لان جعله مال الواضع غاية كونه موضوعا على ملك الغير وتلك الملك انما اثر جواز النقض لا المشاركة في المالية ولو اتفقا على ابقائه بالاجرة فلا اشكال في جوازه اما لو انهدم لم يعد الطرح الا باذن مستانف وفيه قول آخر القول الآخر للشيخ في المبسوط وهو انه ان اعاده بآلته الاولى لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف عليه وان اعاده بغيرها كان له منعه والاقوى الاول لان الماذون فيه وهو الوضع قد حصل فلا يجوز غيره بدون الاذن ولانها عارية فيجوز الرجوع فيها وان استلزم الضرر كما مر فهنا اولى غايته انه مع الضرر جبره بالارش وهنا لا ضرر فلا ارش وكثير من الاصحاب لم يذكروا هنا خلافا ويمكن ان يكون سببه ان الشيخ كان ذكر اولا في الكتاب انه لو انهدم الحائط او هدمه المستعير لم يكن له الاعادة الا باذن مستانف ولم يتردد في ذلك فاطرحوا قوله الآخر وهو قول لبعض الشافعية كما ان القول الآخر لهم وجمع الشيخ بين الحكمين المختلفين عن قرب ولو صالحه على الوضع ابتداء جاز بعد ان يذكر عدد الخشب

ووزنها

ووزنها وطولها انما اعتبر ذكر الطول مع الوزن لاختلاف ضرر الحائط به باختلافه في الطول وان اتفق وزنه والضابط ذكر ما يرفع الجهالة ولا بد مع ذلك من ذكر المدة المضبوطة ولو كانت الالات مشاهدة استغنى عن اعتبارها بذلك واكتفى بتعيين المدة واحترز بقوله ابتداء عما لو وقع الصلح بعد البناء فانه لا يعتبر حينئذ الا تعيين المدة لصيرورة الالات معلومة بخلاف ما اذا لم يبين لتفاوت الضرر ولا ضابط يرجع اليه عند الاطلاق وهذا في الخشب اما الآجر واللبن في الحائط فيكفي فيهما العادة نعم لو كان الصلح على البناء على حائطه زيادة عليها يفتقر الى ذكر الطول وسمك اللبن لاختلاف ضرره باختلافهما هذا كله في الوضع على حائط مملوك للغير اما لو كان موقوفا على مصالح عامة بحيث لا يكون له مالك على الخصوص كالمسجد وشبهه على تطاول الازمان وجهان اجودهما الاخير وقواه في الدروس اذا تداعيا جدارا مطلقا ولا بينة فمن حلف عليه مع نكول صاحبه فهو له فان حلفا او نكلا فهو بينهما المراد بالاطلاق هنا ان لا يكون متصلا بوجه يوجب كونه لاحدهما شرعا كاتصاله ببناء احدهما وما في حكمه مما سياتي ومن جملة القيود كونه في ارض احدهما فاذا خلا عن جميع ذلك لم يكن لاحدهما عليه يد ويكون لهما بان يكون بين ملكيهما ولا مرجح وحكمه حينئذ ان يستوي فيه فمن اقام بينة حكم له به وان فقداها حلف كل واحد لصاحبه وكان بينهما نصفين وكذا لو نكلا عن اليمين ولو حلف احدهما ونكل الآخر حكم للحالف وهو واضح ولو كان متصلا ببناء احدهما كان القول قوله مع يمينه اي متصلا به اتصال ترصيف وهو تداخل الاحجار واللبن على وجه يبعد كونه محدثا ومثله ما لو كان لاحدهما عليه قبة او غرفة او سترة لانه يصير بجميع ذلك صاحب يد عليه اليمين مع فقد البينة ولو اتصل بهما كذلك او كان البناء لهما او اختص احدهما بصفة والآخر باخرى فاليد لهما وكذا لو كان لاحدهما واحدة والباقي مع الآخر اذ لا اثر لزيادة اليد في الترجيح فيحلفان ويقسم بينهما كما يقسم لو نكلا الى تمام ما تقدم ولو كان لاحدهما عليه جذع او جذوع قيل لا يقضى بها وقيل يقضى مع اليمين وهو الاشبه القول بعدم القضاء بذلك للشيخ محتجا بان كون الجدار بين الدارين دلالة ظاهرة على انه في ايديهما ووضع الجذوع اختصاص بمزيد انتفاع كاختصاص احد الساكنين بزيادة الامتعة ويضعف بمنع دلالة كونه بينهما على اليد اذا لم ينضم اليه تصرف او وجه من الوجوه السابقة وفتح موضع الجذع بعد البناء الواضع وبقي الآخر خاليا ويكون حكم الجذع حكم

ماسلف من الرجحان ولو جامعها اعتبر ما فصلناه   ولا يرجح دعوى احدهما بالخوارج التي في الحيطان ولا الروازن
المراد بالخوارج كما خرج عن وجه الحائط من نقش ووتد ورف ونحو ذلك فانه لا يفيد الترجيح لمالكه لامكان احداثه
له من جهته من غير شعور صاحب الدار ومثله الدواخل كالطاقات غير النافذة والروازن النافذة لما ذكر
ولو اختلفا في خص قضي لمن اليه معاقد القمط عملا بالرواية   الخص بالضم البيت الذي يعمل من القصب والقمط
بالكسر حبل يشد به الخص وبالضم جمع قماط وهي شداد الخص من ليف او خوص وغيرهما والرواية رواها
عمرو بن شمر عن جابر عن الباقر عليه السلم عن ابيه عن علي عليهم السلم انه قضى في رجلين اختصما في خص ان الخص
للذي اليه القمط ومثله روى العامة عن النبي صلى الله عليه وآله والطريق ضعيف الا ان الاصحاب تلقوها
بالقبول وردها بعضهم ومنهم المص في النافع وقال انها قضية في واقعة فلا تتعدى وتحكم الخص
حكم الجدار بين الملكين   لا يجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولا ادخال خشبة
الا باذن شريكه الحكم فيه كغيره من الاموال المشتركة لا يجوز لاحد الشركاء التصرف الا باذن الجميع وان قل الانتفاع
كضرب الوتد وفتح الكوة قال في التذكرة ولم يكن له اخذ اقل ما يكون من ترابه ليترب به الكتاب واستثنى
من ذلك الاستناد اليه واسناد المتاع مع انتفاء الضرر لانه بمنزلة الاستضاءة بسراج الغير والاستظلال
بجداره نعم لو منع الشريك من ذلك كله حرم وفاقا للتذكرة لانه نوع تصرف باتخاذ الاعتماد عليه واستقرب
في الدروس عدم المنع لانتفاء الضرر وموضع الخلاف ما اذا كان المجلس للمستند والا لم يجز اجماعا
ولو بنى الشريك في ملكه جدارا متصلا بالجدار المشترك او المختص بالجار بحيث لا يقع ثقله عليه جاز ولم
يكن للآخر الاعتراض ولو القى عليه مقدم ثقله لم يجز بدون اذنه   ولو انهدم لم يجبر شريكه
على المشاركة في عمارته   اذ لا يجب على الشخص عمارة جداره المنهدم ففي المشترك اولى وهذا لا كلام
فيه ولكن هل يتوقف العمارة على اذن الشريك ام يجوز له البناء وان نهاه قولان احدهما
توقف العمارة على اذنه لانه مال مشترك يمتنع التصرف فيه بدون اذن الشريك كما سلف والثاني
عدم الاشتراط لانه نفع واحسان في حق الشريك حيث يعمر له حائطه ولا يغرمه من نفقته ولا ضرر
فيه عليه بوجه وهو قول الشيخ والاول اقوى وربما فرق بين اعادته بالآلة المشتركة فلا يشترط
رضاه وبين اعادته بآلة من عنده فيشترط لانه على الاول يبقى شريكا كما كان بخلاف الثاني ثم على القول
باعتبار الاذن لو خالف وعمره فهل للشريك نقضه احتمال من حيث تصرفه في ملك غيره وتغيير
هيئته ووضعه الذي كان عليه فصارت الكيفية الثانية كانها مغصوبة فيجب ازالتها
والاقوى العدم ان كان بناه بالآلة المشتركة لان هدمه ايضا تصرف في مال الغير وهو الشريك الذي بناه
فلا يصح كالاول وانما تظهر الفائدة في الاثم والجواز ان كان بناه بغير آلته لانه عدوان محض

الفرق

وتصرف في ارض الغير فيجوز تغييره ثم على القول بتحريم نقضه لو هدمه الشريك لزمه الارش كما لو هدمه
ابتداء ثم على تقدير اعادته بآلة مختصة بالمعيد له منع الشريك من وضع خشبه عليه دون الاول
للاشتراك فيه دونه وخير الشيخ الشريك في الثاني بين مطالبته بهدمه واعطائه نصف قيمة الحائط
ووضع عليه والاقوى ان التخيير في ذلك للباني لا للشريك وحيث يتوقف البناء على اذن الشريك ويمتنع
يرفع امره الى الحاكم ليجبره على المساعدة او الاذن فان امتنع اذن الحاكم وهل له الاذن فيه باجرة يرجع
بها على الشريك او مجانا الاقوى الثاني لان الشريك اذا لم يجبر على العمارة لا يجبر على الانفاق فان اختار
الشريك بناه مجانا فعل والا تركه   وكذا لو كانت الشركة في دولاب او بئر او نهر   الحكم هنا كما سلف
في الجدار ولا فرق بين كون المشترك ذا غلة يفي غلته بعمارته وغيره عند الاصحاب وانما خالف فيه
بعض العامة فحكم باجبار الشريك على المساعدة على العمارة في هذه المذكورات دون الحائط فارقا
بينهما بان الشريك لا يتمكن من المقاسمة   بخلاف الحائط فانه يمكنه قسمته مع شريكه وقسمة عرصته
ورد بان قسمة العرصة والحائط قد يكون اكثر ضررا فكانا سواء   وكذا لا يجبر صاحب السفل ولا العلو
على بناء الجدار الذي يحمل العلو   لانه لا يجب على الانسان عمارة ملكه لاجل الغير لكن يجب تقييده بما اذا لم يكن
حمل جدار العلو او سقفه واجبا على صاحب السفل بعقد لازم فان وجب كذلك لزم البناء نبه
عليه في الدروس وسبق مثله في عمارة الساقية والمجرى ولو طلب صاحب العلو بناء جدران السفل
تبرعا فهل له منعه فيه الوجهان السابقان واطلق في التحرير انه ليس له منعه وفي حكم العلو ما لو كان له
ساباط استحق وضعه على حائط غيره فانهدم هذا كله اذا انهدم الحائط بنفسه او انهدما معا
ولو هدمه بغير اذن شريكه وجب عليه اعادته وكذا لو هدمه باذنه وشرط اعادته   اطلق
المص وجوب الاعادة تبعا للشيخ رحمه الله ويشكل بان النقصان الفائت بالهدم قيمي فينبغي
المصير الى القيمة وهو الارش وهو اختيار العلامة في القواعد مع انه قطع في التذكرة بوجوب الاعادة وفصل
الشهيد رحمه الله في الدروس فاوجب اعادته ان امكنت المماثلة كما في جدران بعض البساتين
والمزارع والا فالارش وفيه مناسبة الا انه خارج عن القواعد الشرعية لانتفاء المثلية في الغالب

نا نه محض صفة اذ الاعيان باقية والمماثلة فى الصفة بعيدة فالقول بالارش مطلقا اوضح

اذا تنازع صاحب السفل والعلو فى جدران البيت فالقول قول صاحب البيت مع يمينه ولو كان فى جدران

الغرفة فالقول قول صاحبها مع يمينه هذا هو المشهور وبعضده ان جدران البيت جزؤه وجزء جدران

الغرفة جزؤها فيحكم بها لصاحب الجملة وقال ابن الجنيد ان جدار البيت بينهما لان حاجتهما اليه واحدة بخلاف جدار

الغرفة اذ لا تعلق لصاحب البيت به الا كونه موضوعا على ملكه وارتضاه فى المختلف وهو قول جيد لكن الاول

اجود ولو تنازعا فى السقف قيل ان حلفا قضى به لهما وقيل لصاحب العلو وقيل يقرع بينهما وهو احسن

المراد بالسقف الحامل للغرفة المتوسط بينها وبين البيت والقول باستوائهما فيه للشيخ فى المبسوط ورواه فى الدروس

لانه سقف لصاحب البيت وارض لصاحب الغرفة وكان كالجزء من كل منهما والقول الثانى لابن ادريس

ورجحه العلامة فى كثير من كتبه لان الغرفة انما يتحقق بالسقف الحامل لانه ارضها والبيت قد يكون بغير

سقف وهما متصادقان على ان هنا غرفة فلا بد من تحققها ولان تصرفه فيه اغلب من تصرف صاحب السفل

والقول بالقرعة للشيخ ايضا لانها لكل امر مشتبه واستحسنه المصنف وربما منع الاشتباه هنا لان

رجحان احد الطرفين فى نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبة الى الحكم والا وسط اوسط وموضع الخلاف فى

السقف الذى يمكن احداثه بعد بناء البيت اما ما لا يمكن كالازج الذى لا يعقل احداثه بعد بناء

الجدار الاسفل لاحتياجه الى اخراج بعض الاجزاء عن سمت الجدار قبل انتهائه ليكون حاملا للعقد

فيحصل به الترصيف بين السقف والجدران وهو دخول آلات البناء من كل منهما فى الآخر فان

ذلك دليل على انه لصاحب السفل فيقدم قوله فيه بيمينه اذا خرجت اغصان شجرة الى ملك

الجار وجب عطفها ان امكن والا قطعت من حد ملكه وان امتنع صاحبها قطعها الجار ولا يتوقف

على اذن الحاكم يمكن كون الوجوب بمعناه المتعارف ويكون المحكوم عليه به مالك الشجرة ووجه الوجوب عليه

ظاهر لان دخول شجرته على ملك الغير يوجب التصرف فيه وشغله لملكه وهو غير جائز فيجب التخلص منه

وقد صرح العلامة فى التحرير بوجوب ذلك عليه وهو حسن لكن يبقى فى العبارة اشتراك وجوب العطف

بالامكان وترتب القطع على عدمه مع ان للمالك قطع شجرته بغير هذا السبب فهو اولى وانما يليق

ترتيب

ترتب الامرين المذكورين بالنسبة الى مالك الارض الا ان الوجوب فيه لا يتم بالمعنى المتعارف منه

ويمكن كونه بمعنى الثبوت لانه احد معانيه لغة وهذا الحكم ثابت له لكن ينافره قوله بعد ذلك فان

امتنع صاحبها قطعها الجار لان مقتضاه ان المامور بالسابق هو مالك الشجرة ويمكن الاعتذار عن الترتيب

بان قطع الشجرة مع امكان عطفها اتلاف للمال وهو منهى عنه ويمنع من جواز قطع المالك كيف اتفق

بل لا بد من غاية مقصودة به للنهى عن اضاعة المال بغير وجه ثم قوله قطعها الجار لا بد من تقييده

ايضا بعدم امكان عطفها بطريق اولى فالعبارة فى الجملة ليست بجيدة والحاصل ان الواجب على مالك

الشجرة تفريغ ارض الغير او هوائه من ماله كيف ما امكن فان امتنع منه فلمالك الارض والهواء تولى

ذلك مقدما للعطف على القطع مع امكانه وكما يثبت الحكم المذكور فى الاغصان كذا فى العروق

ولا يتوقف مالك الارض على اذن الحاكم حيث يمتنع صاحب الشجرة كما له اخراج بهيمة تدخل الى ملكه

بدون اذنه وربما قيل بجواز ازالة مالك الارض لها من دون مراجعة المالك لان ازالة العدوان

عليه امر ثابت له وتوقفه على اذن الغير ضرر ويشهد له جواز اخراج البهيمة بدون اذنه او اذن من

يقوم مقامه وظاهر التذكرة ان مالك الشجرة لا يجب عليه ازالتها وان جاز لمالك الارض لانه

من غير فعله والا والاجود ولو قطعها مالك الارض مع امكان العطف ضمن لكن هل يضمن جميع ما يقطع ام تفاوت

ما بينه وبين المعطوف وجهان من التعدى بالقطع فيضمنه ومن ان العطف حق له وما يفوت

به فى حكم التالف شرعا ولو مضت مدة طويلة عليها كذلك مع علم المالك وتفريطه ضمن اجرة الارض والهواء

وليس لمالك الارض ايقاد النار تحت الاغصان ليحرق حيث يجوز القطع لانه استدل ضررا فلو فعل

ضمن ما تلف بسببه زيادة على حقه وفى حكم الشجرة التراب المنتقل الى ملك الغير والحايط المايل كذلك

فيجب المبادرة الى تخليص الارض منه ولو ملكه التراب قيل سلم من حقه لامع اساعده منه وان شق

نقله ولو صالحه على ابقائه فى الهواء لم يصح على تردد اما لو صالحه على طرحه على الحايط جاز

مع تقدير الزيادة وانتهائها منع الشيخ من الصلح على ابقائها فى الهواء وعلى الجدار لا ضعفا بالجدار

يمكن افرادها بالمعارضة كالاجارة والاصح جواز الامرين والمراد بقوله مع تقدير الزيادة او انتهائها

ان الاغصان ان كانت مدانتهت فى الزيادة محسطن اهل الخبرة صح الصلح على ابقائها مطلقا وان كا
اخذه فى الزياده فلا بد من تقدير الزياده لتكون الصلح مضبوطا ولا بد مع ذلك من تقدير مدة الاقامه فلا
يصح المويد على ما ذكره الجماعه ولو فرض زياده ما حكم بانتهائه على خلاف العاده كان حكم الزائد حكم الاصل لما تعدى
الى الملك قبل الصلح   اذا كان لانسان بيوت الخان السفلى ولآخر بيوتها العليا وتداعيا الدرجه قضى بها
لصاحب العلو مع يمينه لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وان كانت موضوعة فى الارض التى
هى لصاحب السفل لان مجرد ذلك لا يوجب اليد وكما يحكم بها لصاحب العليا فكذا بمحلها هذا مع احلافها
فى الخزانه تحتها اما لو اتفقا على ان الخزانه لصاحب الاسفل كانت الدرجه كالسقف المتوسط بين الاعلى
والاسفل يجرى فيها الخلاف السابق وعلى ما اخترناه يقضى بها للاعلى على التقديرين وانما يختلف الحكم
عند القائل بالاشتراك كالشهيد رحمه الله فانه يجعلها مشتركه بينهما ايضا   ولو تداعيا الصحن
قضى منه بما يسلك فيه الى العلو بينهما وما خرج عنه لصاحب السفل لان صاحب العلو لما افتقر
سلوكه اليه الى التصرف من الصحن الى قدر الممر كان له عليه دون باقى الصحن وصاحب السفل يشاركه
فى التصرف فى ذلك وينفرد بالباقى فيكون قدر المسلك بينهما ثم ان كان المرقى فى صحن الدار يشاركا فى الممر اليه
وان كان المرقى فى دهليز خارج لم يشارك الاسفل فى شىء من العرصه اذ لا يد له على شىء منها الا ان ينزل فى السلكه
المرفوعه باشتراكهما من الجمع ولو كان المرقى فى ظهرها اختص صاحب الاسفل بالعرصه والدهليز اجمع والمراد
بالعرصه انما يكون بينهما مع حلف كل لصاحبه او نكولهما معا عن اليمين كما قد علم   اذا تنازع
راكب الدابة وقابض لجامها قضى للراكب مع يمينه وقيل هما سواء فى الدعوى والاول اقوى
وجه القوه يد الراكب وشدة تصرفه بالنسبة الى القابض ووجه التسويه اشتراكهما فى اليد
وقوتها لا مدخل لها فى الترجيح ولهذا لم يؤثر فى ثوب بيد احدهما اكثره كما سياتى نعم مع الراكب زياده
التصرف الا انه لم يثبت شرعا كونه مرجحا وتعريف المدعى والمنكر منطبق عليهما بتفسيراته وحينئذ
فالقول بالتساوى اقوى بعد ان يحلف كل منهما لصاحبه اذا لم يكن بينه ولا عبرة عندنا بكون الراكب
ذى معتاد قنية الدواب والمتشبث معتادا لذلك وما ذكر حكم الدابه اما اللجام فلمن فى يده والسرج
لراكبه

لراكبه   اما لو تنازعا ثوبا فى يد احدهما اكثره فهما فيه سواء لاشتراكهما فى مسمى اليد ولا مرجح لقوتها والتصرف
الذى كان مع الراكب امر على اليد منتف هنا وهذا هو الفارق بين المسئلتين عند المصنف واوجب اختلاف الحكم
نعم لو كان احدهما ممسكا له والاخر لابسا له فكمسئله الراكب والقابض لزياده تصرفه على اليد وربما قيل هنا بتقديم
اللابس لان الظاهر انه لم يتمكن من لبسه الا وهو غالب مستقر باليد   وكذا لو تنازعا عبدا ولاحدهما عليه
ثياب بمعنى ان لبسها لا يرجح يد احدهما اذا كان لاحدهما عليه يد اذ لا دخل لها فى الملك لانه قد يلبسها بغير اذن
مالكها او بقوله بالعاريه فاذا كان لاحدهما عليه يد يسا وبا فى الدعوى ومنه يعلم انه لو كان لاحدهما عليه
يد وللاخر ثياب فالعبرة لصاحب اليد   اما لو تداعيا جملا ولاحدهما عليه حمل كان الترجيح لدعواه لان
وضع الحمل على الدابه يستدعى كمال الاستيلاء فيرجح صاحبه والمراد ان لكل واحد منهما مع ذلك عليه يدا بان كانا
قابضين بزمامه ويجوز لكن يحصل الترجيح اما لو كان لاحدهما حمل ولا يد للآخر فلا شبهه فى الترجيح ويمكن ان يكون
المراد ان احدهما قابض بزمامه وللاخر عليه حمل ليكون معادلا لمسئله الراكب والقابض اللجام فانهما وان استويا
فى الحكم عنده الا ان مسئله الحمل اقوى ولهذا لم يذكر فيها خلافا ووجهه ان الحمل اقوى دليلا على كمال الاستيلاء
فان الركوب اسهل تعلقا من الحمل وفى الدروس جعل حكم الراكب ولابس الثوب وذوى الحمل سواء فى الحكم وهو كذلك
تداعيا غرفة على بيت احدهما وبابها الى غرفه الاخر كان الرجحان لدعوى صاحب البيت لانها
موضوعة فى ملكه لانه تبعيه ملكه لانه تابع للقرار ومجرد فتح الباب الى الغير لا يفيد اليد ولا الملك فيقدم
صاحب البيت مع يمينه هذا اذا لم يكن من الباب متصرفا فيها بسكنى ونحوه والا قدم لان يده عليها
بالذات لان التصرف مختص له وثبوت يد مالك الهوا بالتبعية لبيته التى هى على القرار والبيت الفعليه اقوى
واولى من التابعه ويحتمل التساوى حينئذ لثبوت اليد من الجانبين فى الجمله وعدم تاثير قوة اليد كما سلف

كتاب الشركه   الشركه اجتماع حقوق الملاك فى الشىء الواحد
على سبيل الشياع   الشركه بكسر الشين واسكان الراء وبفتحها وكسرها وهى يطلق على معنيين احدهما ما ذكر
المص تعريفه من اجتماع الحقوق على الوجه المذكور وهذا المعنى هو المتبادر من معنى الشركه لغة وعرفا
الا انه لا مدخل له فى حكم الشرعى المترتب على الشركه من كونها من جمله العقود المفتقره الى الايجاب والقبول والحكم

علها بالصحة والبطلان فان هذا الاجتماع يحصل بالعقد وغيره بل بغيره اكثر حتى لو تعدى به ما قبلها وبعدها لان
هذا معنى من المعانى دخوله فى باب الاحكام اولى وثانيهما عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشىء الواحد على سبيل
الشياع فيه وهذا هو المعنى الذى يندرج الشركة به فى جملة العقود ويلحقها الحكم بالصحة والبطلان واليه
اشار المص فيما بعد بقوله فيبطل الشركة اعنى الشرط والتصرف وقيل يصح ولهذا كان على المص ان يقدم تعريفها
على ما ذكره لانها المقصود بالذات هنا او ينبه عليهما معا على وجه يزيل الالتباس عن جمعهما واحكامهما
ولكنه اقتصر على تعريفها بالمعنى الاول فقوله اجتماع حقوق الملاك كالجنس يدخل فيه اجتماع حقوقهم
على وجه الامتياز كالوجعوا اموالهم مع تميز بعضه عن بعض ووضعوه فى مكان واحد مثلا والمراد بالشىء
الواحد الواحد بالشخص لان ذلك هو المتبادر الى الافهام لا الواحد بالجنس ولا النوع ولا الصنف
اذ لا يتحقق الشركة فى شىء مع تعدد الشخص والمراد بالواحد فيما هو متعلق الشركة وان تعدد لصدق الاجتماع
بالمعنى المذكور فى كل فرد من افراد المتعدد وقوله على سبيل الشياع خرج به اجتماع حقوقهم فى الشىء الواحد
المركب من اجزاء متعددة كالبيت مثلا اذا كان خشبه لواحد وحائطه لآخر وارضه لثالث فانه لا
شركة هنا اذ لا شياع مع صدق اجتماع حقوقهم فى الشىء الواحد وفى بعض تحقيقات الشهيد رحمه الله
ان قيد الشياع لاخراج اجتماع الحقوق فى الشىء الواحد بالشخص على البدل كمستحقى الزكوة والخمس
والمجتمعين على معدن او مسجد او مباح بعذر فيه الاجتماع فان ذلك اجتماع لا على سبيل الشياع ثم
اورد على نفسه بان هذه خرجت بالملاك واجاب بان المراد بالملك الاستحقاق
حذرا من المجاز والاشتراك وهو حاصل فى الكل وفيه نظر لان الملك اخص من الاستحقاق مطلقا ولو حمل
على معناه الخاص المتعارف لخرجت هذه الاقسام بالقيد المذكور وخرج بقيد الشياع ما ذكرناه سابقا
وح فلا مجاز ولا اشتراك ويمكن ان يكون رحمه الله انما حاول حمل الملك على الاستحقاق الذى هو
اعم منه ادخال الشركة فى مثل القصاص والخيار والشفعة وحد القذف مما لا يذكر فيه
وانما هو محض استحقاق فلو حمل الملك على معناه الخاص لانتقض التعريف فى عكسه ان اريد به المعنى
الخاص ولو جعل مشتركا بينه وبين الاستحقاق او مجازا فى الاستحقاق لزم الاشتراك والمجاز

فحمله على

فحمله على معنى الاستحقاق العام يدخل الاقسام ويسلم من محذور المجاز والاشتراك كما ذكر لكن يبقى فيه ان اطلاق
الخاص وارادة العام مجاز يجب صون التعريف عن استعماله ولا يمكن دعوى شيوعه فيه بل هو معنى خفى بعد التعريف ويقع
فيما هرب منه وقد يجاب بان اطلاق الملك هنا على الاستحقاق ليس بمجاز بل معناه متبادر من قولك فلان
يملك الشفعة على فلان ويملك الحد ونحوه او انه مجاز ولكن استعماله شائع وان كان مطلق اطلاق الخاص على العام ليس شائعا
والعبرة فى رخصة التعريف انما هو بالفرد المحتاج الى استعماله لا بنوع ذلك الفرد وهذا هو الظاهر هنا وينبه عليه
ان المص بعده بلا فصل ذكر حكم الاشتراك فى الحق المذكور وليس بغافل عن دخوله فى التعريف وح فالمستعمل هنا اما المجاز المقصور
على ارادته قرينة او المشترك اشتراكا معنويا ان جعل ذلك الاستحقاق من افراد الملك حقيقة والاشتراك
المعنوى لا يضر دخوله فى التعريف ولو ابدل لفظ الملك بالاستحقاق فى التعريف شمل الجميع وخرج به الاشتراك
فى استحقاق الزكوة ونحوه بالشياع كما ذكره المص رحمه الله واعلم ان المراد بالملاك هنا فوق الواحد
نظرا الى الحقيقة والمجاز على الخلاف لئلا ينتقض بالاثنين وان هذا التعريف لا ينطبق من الشركات الثلثة
الا على شركة العنان دون اخواتها من شركة الابدان وغيرها فهو تعريف للشركة الصحيحة عندنا ثم المشترك
قد يكون عينا وقد يكون منفعة وقد يكون حقا والاشتراك فى العين ظاهر وفى المنفعة يتحقق بالاجارة والحبس
والسكنى لا الوقف لانه ان كان على محصورين فالاشتراك فى العين والا فلا اشتراك والاشتراك فى الحق كما
ذكرناه سابقا من الخيار والشفعة بالنسبة الى الورثة والقصاص والحد والرهن وسبب الشركة قد يكون
ارثا وقد يكون عقدا وقد يكون مزجا والارث يجرى فى الاقسام الثلثة السابقة كما اذا ورثا مالا او منفعة
دار استاجرها مورثهم او عبد موصى بخدمته او حق شفعة وخيار ورهن وكذلك العقد فجريانه
فى العين بان يشتريا دارا وفى المنفعة بان يستاجراها وفى الحق بان يشتريا بالخيار فان سبب
الشركة العقد وفى هذا الاخير نظر واما المزج فيتصور فى العين وقد يفرض فى المنفعة كما اذا
استاجر دراهم للتزين بها اذا جوزناه وحق كل واحد منهما منفرد ثم امتزجت بحيث لا تتميز
وقد يكون حيازة والاشبه فى الحيازة اختصاص كل واحد بما حازه من الحيازة
ان شركا فى نصب حبالة الصيد المشتركة ورمى السهم المثبت له وح يشتركان فى ملكه

وما اختاره من الاختصاص لا يتناوله والقول باختصاص كل واحد بما حازه هو الاجود مع تميزه لانه في معنى شركة
الابدان لا مع امتزاجه فيكون مشتركا لكن لا من حيث الحيازة بل من جهة المزج الطارئ كما لو امتزج المالان وهو خارج
عن الغرض وينبغي ان يستثنى من ذلك ما لو كان عمل كل منهما بنية الوكالة لصاحبه في تملك نصف ما يحوزه فانه يتجه الاشتراك
لان ذلك مما يقبل النيابة فاذا نوى ان يكون بينه وبين شريكه ملك شريكه نصفه وان لم يعمل فاذا عمل كذلك اولى الا انه
يأتي في احسان الامر لعدم استثناء ذلك ايضا وان كل واحد بما حازه مطلقا والتشبيه بالخلاف المذكور انما
على عدم اشتراط النية فلا يتحقق الشركة او على خلاف ابن الجنيد المجوز لشركة الابدان والاول اولى وسيأتي البحث فيه
نعم لو اقتلعا شجرة او اغترفا ماء دفعة تحققت الشركة   اي تحققت الشركة في الجملة لكن يكون لكل
واحد من المجارين بنسبة عمله ويختلف ذلك بالقوة والضعف ولو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص بالصلح
او يملك كل واحد ما بقي له عند الآخر بناء على جواز هبة المجهول   وكل مالين مزج احدهما بالآخر
بحيث لا يتميزان تحققت فيهما الشركة اختيارا كان المزج او اتفاقا   المراد بالاتفاق هنا عدم الاختيار
كما لو سقط احدهما على الآخر او عرض مانع او ورثا معا مالا ونحو ذلك فانه في حكم المزج بالاختيار
ويثبت في المالين المتماثلين في الجنس والصفة   لما كان ضابط الامتزاج عدم التميز اعتبر الاتفاق في الجنس
والصفة فلو اختلف احدهما تحقق الامتياز فلا شركة فلا يكفي مزج الحنطة بالشعير والدخن بالسمسم ولا غير
التخليص من الدراهم بالدنانير ونحو ذلك وكذا لو اتحد الجنس اعني النوع الخاص مع اختلاف الوصف كما لو
مزجت الحبة الحمراء من الحنطة بغيرها او الكبيرة بالصغيرة ونحو ذلك لامكان التخليص وان عسر
سواء كان اثمانا او عروضا   اي عروضا مثلية كالحنطة وغيرها من الحبوب اما غير المثلية فسيأتي الكلام
فيها ونبه بالتسوية على خلاف بعض العامة حيث شرط في الشركة الاختيارية اعني ما يترتب عليها جواز
التصرف والتجارة بان يكون المالان من النقدين كالمضاربة اما الشركة بمعنى اجتماع الحقوق
في المال الواحد فلا خلاف في تحققه كيف اتفق الامتزاج   اما ما لا مثل له كالثوب والخشب والعبد فلا
يتحقق فيه المزج بل قد يحصل بالارث او احد العقود الناقلة   وعدم تحققه بالمزج مطلقا متعين
بل قد يتحقق كالثياب المتعددة المتقاربة في الاوصاف والخشب كذلك فيتحقق الشركة فيه والضابطة

عدم الامتياز

عدم الامتياز ولا خصوصية للمثلي والقيمي في ذلك وهي تحققت في ذلك فان علمت قيمة مال كل واحد منهما
كان الاشتراك على نسبة القيمة والا ففي الحكم بالتساوي لانه الاصل او يرجع الى الصلح وجهان وبالاول قطع
في التذكرة وعليه تترتب حكم ما لو اشتبه مقدار قوتيهما في مثل قلع الشجرة فانهما يستويان على ما اختاره
في التذكرة لاصالة عدم زيادة احدهما على الآخر والاقوى الصلح   ولو اراد الشركة فيما لا مثل له باع
كل واحد منهما حصته مما في يده بحصة مما في يد الآخر   بناء على ان الشركة فيه لا يتحقق بالامتزاج ومثله
المثلي مع اختلاف الجنس والوصف وما ذكره من الحيلة احد الامثلة ومثله ما لو وهب احدهما صاحبه حصة
حصة من ماله ووهبه الآخر كذلك وباعه حصة بثمن معين ثم اشترى به حصة من الآخر الى غير ذلك
من الوجوه الناقلة والمراد بالشركة في جميع هذه الموارد الشركة المعروفة لا الشركة بالمعنى الخاص وهي الاذن
في التصرف والحكم فيما عدا الاخير واضح اذا لم يحصل من ذلك سوى الامتزاج واما الابتياع ونحوه فلعدم دلالته
على الاذن في التصرف خلافا لبعض العامة حيث سوغها به كما لو قال اشتركنا ونحوه   ولا يصح الشركة
بالاعمال كالخياطة والنساجة   لا فرق في ذلك بين ان يتفق عملهما بان يكون كل واحد خياطا او يختلف بان يكون
احدهما خياطا والآخر نجارا ويعمل كل واحد منهما في صنعته ولا بين كون الشركة البدنية في مال مملوك
او يحصل مال مباح كالاصطياد والاحتطاب لان كل واحد متميز ببدنه ومنافعه فيختص بفوائده
كما لو اشتركا في مالين وهما متميزان ولا خلاف عندنا في بطلان شركة الاعمال الا من ابن الجنيد حيث
اجازها مع تشاركهما الفضل او عمل احدهما وقسمت على الآخر من غير شركة مع انه راجع الى بطلانها لان
تشاركهما الفضل بعد مزج الاجرتين وتحاللهما امر خارج عن صحة هذه الشركة وكذا لو تبرع احدهما
على الآخر بمشاركته في عمله واما العامة فمنهم من وافقنا على بطلانها ومنهم من اجازها
مطلقا ومنهم من اجازها مع اتفاق الصنعتين لا مع اختلافهما ومنهم من اجازها في غير الاكتساب
المباح   نعم لو عملا مع واحد باجرة ودفع اليهما شيئا واحدا عوضا عن اجرتهما تحققت الشركة
انما يتحقق في الاعمال بهذه الجهة لو آجرا انفسهما في عقد واحد فيشبه شركة الابدان بحسب
الصورة وان كان في المعنى راجعا الى شركة الاموال اما اذا آجر كل واحد نفسه منفردا واستحق

اجرة منفرد ا ثم ادى انهما مالا مشتركا فالشركة في المال خاصة صورة ومعنى ولا فرق في جوازها بالمعنى الاول بين
ان يكون عملهما مختلفا او متفقا ولا بين ان يعلما نسبة احد العملين الى الآخر وعدمه لان الاعتبار في الصفقة المتعددة
بالعلم بعوض المجموع لان الاجر واجرة المجموع هنا معلومة وح يقسم عليهما على نسبة العمل وطريقه معرفته
ان ينسب اجرة مثل العملين ويوخذ من المسمى بتلك النسبة هذا مع العلم بالنسبة ومع الجهل يحمل ما تقدم
من التساوي والصلح والثاني اقوى وكذا القول في كل مالين امتزجا وجهل قدر كل منهما ولا يصح شركة الوجوه
لشركة الوجوه تفسيرات اشهرها ان يشترك اثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما بعقد لفظي ليبتاعا
في الذمة الى اجل على ان ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما فيبيعان ويؤديان الاثمان وما فضل فهو
بينهما وقيل ان يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه الى خامل ويشترطا ان يكون الربح بينهما وقيل
ان يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال في يده لا يسلمه الى الوجيه والربح
بينهما وقيل ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له والكل عندنا باطل خلافا لابن
الجنيد فانه جوزها بالمعنى الاول ولابي حنيفة مطلقا وح فاذا اذن احدهما للآخر في الشرا
فاشترى لهما وقع الشراء عنهما ولا باشر يكون لانه بمنزلة الوكيل وقد اشترى باذنه فيشترط شروط
الوكالة واذا كان المال لاحدهما وباع الآخر سواء كان خاملا ام لا صح البيع لوكالة المالك وللمباشر
اجرة المثل لعمله ولا شيء له من الربح ولا شركة المفاوضة هي ان يشترك شخصان فصاعدا على ان
يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلتزمان من غرم ويحصل لهما من غنم فيلتزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر
من ارش جناية ويكتسب في تجارته ماله المختص به ولا يستثنى من ذلك الا قوت يومه وثياب بدنه
وجارية يتسراها فانه لا يشارك الآخر فيها وكذا يستثنى من الغرم الجناية على الحر وبذل الخلع والصداق
اذا لزم احدهما وقال صاحب اصلاح المنطق شركة المفاوضة ان يكون مالهما من كل شيء يملكانه
بينهما وهو مخصوص بما ذكرناه لاستثناء القايل بها ذلك وهي باطلة الا عند ابي حنيفة ومن شذ
وانما تصح بالاموال لا خلاف بين المسلمين في صحة الشركة بالاموال وهي المعبر عنها العنان
بكسر العين ككتاب وهي سير اللجام الذي يمسك به الدابة واختلفوا فيما اخذت منه هذه اللفظة فقيل
من عنان الدابة اما لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربح على قدر راس
المال كاستواء طرفي العنان او تساوي الفارسين اذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير
يكونان سواء واما لان كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف كما يشتهي ويريد كما يمنع العنان الدابة
واما لان الآخذ بعنان الدابة حبس احدى يديه على العنان ويده الاخرى مطلقة يستعملها كيف

شاء كذلك

شاء كذلك الشريك منع بالشركة نفسه عن التصرف في المشترك كما يشتهي وهو مطلق اليد والتصرف في ساير امواله وقيل
من عن اذا ظهر اما لانه ظهر لكل منهما مال صاحبه او لانها اظهر انواع الشركة ولذلك اجمع على صحتها وقيل من المعانة
وهي المعارضة فان كل واحد منهما عارض بما اخرجه الآخر اذا تقرر ذلك فالمراد بصحة الشركة في الاموال
يحتمل كونه في الشركة بالمعنى الاول كما يقتضيه السياق وكونه فيها بالمعنى الآخر لانه الغرض الذاتي منها ولذا لم
نعرفها عليه قال في التذكرة شركة العنان وهي شركة الاموال هي ان يخرج مالا ويمزجاه ويشترطا العمل بابدانهما
وينبه عليه ايضا قول المص عقيبه ويتساوى الشريكان في الربح الخ فيكون هذا اول الشروع في الشركة بالمعنى
الثاني وح فلا بد لها مع هذا المعنى مع اشتراكهما في المال من صيغة تدل على الاذن في التصرف لانهما ممنوعان
منه كسائر الاموال المشتركة وهي كل لفظة تدل على الاذن فيه على وجه التجارة سواء كان قبل الامتزاج ام بعده
وسواء وقع من كل منهما للآخر ام اختص باحدهما ولهذا المعنى لحقته بقسم العقود على تكلف ايضا ثم
يترتب عليها احكام يذكرها المص بعد هذا ويتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساويه ولو كان لاحدهما
زيادة كان له من الربح بقدر راس ماله وكذا من الخسارة لا شبهة في كون الربح تابعا للمال لانه نماؤه فاذا كان
مال احدهما ازيد من مال الآخر فله من الربح بنسبة ماله وان عملا معا لتراضيهما بذلك على وجه لا يخالف المشروع
حيث جعلا الربح تابعا للاصل وخالف في ذلك بعض العامة فمنع من الشركة مع عدم استواء المالين في
القدر لاتفاقهما في العمل كما لا يجوز ان يختلفا في الربح مع اتفاقهما في المال ويندفع بان المعتبر في الربح
المال والعمل تابع فلا يضر اختلافه كما يجوز مع تساويهما في المال عند الكل وان عمل احدهما اكثر ولو شرط
لاحدهما زيادة في الربح مع تساوي المالين او التساوي في الربح والخسران مع تفاوت المالين قيل يبطل
الشركة اعني الشرط والتصرف الموقوف عليه وياخذ كل منهما ربح ماله ولكل منهما اجرة مثل عمله بعد وضع
ما قابل عمله في ماله وقيل تصح الشركة والشرط والاول اظهر اذا اشترطا تساوي الربح مع تفاوت
المالين او تفاوته مع تساويهما فللاصحاب فيه اقوال احدها الصحة ذهب اليه المرتضى
مدعيا الاجماع وتبعه جماعة منهم العلامة ووالده وولده لعموم اوفوا بالعقود والا ان تكون تجارة
عن تراض وقد وقع على ما اشترطاه وقوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم ودلالة الاجماع
المنقول بخبر الواحد كما يقبل نقل غيره من الادلة به ولاصالة الاباحة وبناء الشركة على الارتفاق لكل
منهما ومن جملته موضع النزاع والثاني البطلان ذهب اليه الشيخ وابن ادريس وجماعة

آخرون لا سفاء دليل يدل على الصحة ولانه أكل مال بالباطل لان الزيادة ليس في مقابلها عوض لان الفرض انها ليست في مقابلة
عمل ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة لتضم الى احد العوضين ولا اقتضى تملكها عقد هبة والاسباب المثمرة للملك معدودة
وليس هذا احدها فيكون اشتراطها اشتراطا لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك كما لو دفع اليه دابة ليحمل عليها
والحاصل لهما فيبطل العقد المتضمن له اذ لم يقع التراضي بالشركة والاذن في التصرف الا على ذلك التقدير وبه يبين فساده
فلا يندرج في الامر بالايفاء بالعقود ولا في المؤمنون عند شروطهم وليست الشركة تجارة الا ان يكون الشرط للعامل
وجوازه مسلم فلا يتناوله آية التراضي وهذا ايضا يمنع زيادة عمل من شرطت له الزيادة والا لكان معاوضة وتجارة ولم يرد
عليه ما ذكر وسيأتي على هذا تفسد الحوالة بذلك والثالث قول ابي الصلاح بصحة الشركة دون الشرط وجعل شرط
الزيادة اباحة لها يجوز الرجوع فيها ما دامت عينها باقية وهو مبني على ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد وقد تقدم
ضعفه اذا تقرر ذلك فيعني بطلان الشركة على القول به الشركة بالمعنى الثاني فهي العقد الدال على الاذن في التصرف
لا الشركة المعنوية ابتداء لان امتزاج المالين محقق واليه اشار المصنف بقوله اعني الشرط والتصرف وقال الشهيد
في شرح الارشاد ان الموصوف بالصحة والبطلان ليس نفس الشركة العنانية اذ لا يمكن وقوعها على وجهين بل المراد به
نفس الشرط وما يتوقف عليه كالاذن في التصرف وفيه نظر لان الشركة العنانية بالمعنى الذي ذكرناه توصف
بالصحة والبطلان بل ليس الغرض من الشركة في الاموال الا الشرط المدلول عليه بالصيغة وما يلزمه اللهم الا ان يمنع من
كون الشركة بمعنى العقد المذكور ثم على القول بالبطلان اما مطلقا او على بعض الوجوه تثبت لكل واحد اجرة مثله ويقتسمان
الربح على نسبة المالين ويتقاصان ولو اصطلحا بعد ظهور الربح على ما شرطناه اولا وعلى غيره صح على ما سلف في الصلح
هذا اذا عملا في المال اما لو كان العامل احدهما وشرطت الزيادة للعامل صح ويكون بالقراض اشبه
صحة القراض المذكور واضحة لكون الربح في مقابلة العمل فيكون العقد شركة وقراضا ويلزم مثله فيما اذا عملا
معا وشرطت الزيادة لمن زاد في العمل اما مع تساوي المالين وزيادة عمله او مع نقصان ماله مع تساويهما في العمل
او زيادته بطريق اولى لاشتراك الجميع في كون الزيادة في الربح في مقابلة عمل فكان العقد عقد معاوضة من الجانبين
بالنظر الى ان العمل متقوم بالمال ولكن المصنف اطلق المنع من عملهما كما ان العلامة اطلق الجواز بعده والتفصيل حسن
واذا اشترك المال لم يجز لاحد الشركاء التصرف فيه الا مع اذن الباقين اراد الشركة بالمعنى الاول
ويتوقف التصرف على اذن الشركاء واضح لقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه ولا فرق في ذلك بين كون الشركة
مزج وغيره ولا في المزج بين كونه بفعلهما وغيره فان الاذن في التصرف امر زائد على مفهوم الشركة بذلك المعنى
فان اطلق له الاذن تصرف كيف شاء اي كيف شاء من وجوه التجارة والاسترباح ومما
فيه مصلحة الشركة من البيع والشراء مرابحة ومساومة وتولية ومواضعة حيث تقتضيه المصلحة وقبض
الثمن

الثمن واقباض المبيع والحوالة والاحتيال والرد بالعيب ونحو ذلك كما في الوكيل المطلق وهل يتناول اطلاق اللفظ
السفر حيث شاء ام يمنع مطلقا الا باذن خاصة وجهان من دخوله في الاطلاق واشتماله على مظنة الربح اكثرها ومن
كونه مظنة الخطر فيخرج من الاطلاق بدليل منفصل ولا يجوز اقراض شيء من المال الا مع المصلحة كما التسنم ولا المحاباة في
البيع ولا المضاربة عليه لان ذلك ليس من توابع التجارة ولا يتناوله الاطلاق ولو عين له السفر في جهة لم يجز
له الاخذ في غيرها او نوعا من التجارة لم يتعد الى سواها لا فرق مع تعيين الجهة والنوع بين ان ينهاه عن غيرهما ويسكت
عنه لبقاء المتروك على اصل المنع ثم لو خالف في جهة السفر ضمن وصحت التجارة لان الاذن لم يبطل ولو خالف في نوع
التجارة كان فضوليا يبطل مع رده وكذا يضمن لو عين له جهة من السفر وغاية معينة فتجاوزها في تلك الجهة
ولو تعدى المتصرف ما حد له ضمن لا فرق في التحديد بين ان يدل عليه عموم اللفظ وخصوصه فلو سافر اعتمادا
على اطلاق الاذن وقلنا انه لا يتناوله ضمن والمحدود قد يكون باعتبار نوع التجارة وزمانها ومكانها وعلى
كل تقدير يحصل مخالفة المأذون ولا يبطل الشركة بذلك ولكل من الشركاء الرجوع في الاذن والمطالبة
بالقسمة لانها غير لازمة الشركة بمعنييها غير لازمة واشار الى الاول بقوله والمطالبة بالقسمة والى الثانية
بقوله الرجوع في الاذن اما الاول فظاهر اذ لا يجب على الانسان مخالطة غيره في ماله والاصل ان يتصرف كل منهما
في ماله كيف شاء ومن جملته افراده واما الثانية فلان مرجعها الى الاذن في التصرف وهو في معنى الوكالة فيكون جائزة
والانسب في قوله غير لازمة ان يكون اشارة الى الثانية لان الموصوف بالجواز واللزوم هو العقد
ولو شرط التأجيل في الشركة لم يصح ولكل منهما ان يرجع متى شاء المراد بصحة التأجيل المنفي ترتب اثرها حيث
يكون لازمة الى الاجل وانما لم يصح لانها عقد جائز فلا يؤثر شرط التأجيل فيها بل لكل منهما فسخها قبل الاجل
نعم يترتب على الشرط عدم جواز تصرفهما بعده الا باذن مستأنف لعدم تناول الاذن له ولو شرط الاجل اثر في الجملة
ولا يضمن الشريك ما تلف في يده لانه امانة الا مع التعدي لما عرفت انه وكيل فيكون
امينا من قبل المالك ويقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف سواء ادعى شيئا ظاهرا كالغرق او خفيا
كالسرق الحكم بامانته يقتضي قبول قوله في التلف ولانه لولاه لامكن صدقه في نفس الامر فلو لم يقبل منه
لطولب بالعين وادى الى تخليده في الحبس ونبه بالتسوية بين الامرين على خلاف بعض العامة حيث فرق

منها فتقبل في الخفي دون الظاهر الا ببينة   و وتبطل الاذن بالجنون والموت لبطلان الوكالة بهما وفي
معناهما الاغماء والحجر للسفه والفلس ثم في صورة الموت تكون القسمة للوارث ان لم يكن دين ولا وصية والا بني على الاستقلال
اليه وعدمه   القسمة وهي تمييز الحق من غيره وليست بيعا سواء كان فيها رد ام لم يكن   ذكر في هذا الكتاب نبذة
من احكام القسمة لمناسبة المقام واخر باقي الاحكام الى كتاب القضاء ولو جمعه هنا كان انسب   واعلم
ان القسمة عندنا تمييز حق احد الشركاء عن حق الآخر وليست بيعا وان اشتملت على رد لانها لا تفتقر الى صيغة
ويدخلها الاجبار في غير ملك الافراد التي يدخلها الخيار في البيع ويتقدر احد النصيبين بقدر الآخر ويتساويهما
والبيع ليس فيه شيء من ذلك واختلاف اللوازم والخواص المطلقة يدل على اختلاف الملزومات والمعروضات
وخالف في ذلك بعض العامة مطلقا وفي قسمة الرد للشبهة ان كل جزء يفرض مشترك بينهما فيختص كل واحد
بجزء معين وازالة ملك الآخر عنه بعوض مقبوض وهو ملكه في الجزء الآخر على جهة التراضي بمعنى البيع لان
ذلك حده وهذا انما يتم على تقدير تسليم كون البيع كذلك ومنعه واضح بل له صيغة خاصة ايجابا
وقبولا بخلاف القسمة ولا يلزم من المشاركة في بعض الاحكام الاتحاد ويظهر الفائدة في الشفعة وفي بطلانها
بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض مثله في البيع وفي قسمة الوقف من المطلق وخيار المجلس وغير ذلك
ولا يصح الا باتفاق الشركاء   اي لا يصح مطلقا او لا يصح من احد الشركاء بدون مراجعة الشريك او من يقوم مقامه
والا فسياتي بلا فصل انه يجبر الممتنع على بعض الوجوه مع ان المجبر غير راض ولقد كان يغني عن هذا الحكم ما بعده فانه من
الاتمام   وكل ما لا ضرر في قسمته يجبر الممتنع مع التماس الشريك القسمة   لا خلاف في اجبار الممتنع
على قسمة ما لا ضرر فيه في الجملة ولكن اختلفوا في معنى الضرر المانع من الاجبار وهو منشأ الخلاف   على اقوال
احدها نقصان القيمة نقصانا لا يتسامح فيه عادة لان فوات المالية مناط الضرر في الاموال
ولقوله صلى الله عليه وآله لا ضرر ولا ضرار وهو عام   وثانيها عدم الانتفاع بالنصيب منفردا
لتضمنه الضرر والحرج واضاعة المال المنفي والمنهي عنه   وثالثها عدم الانتفاع به منفردا فيما كان
ينتفع به منفردا مع الشركة مثل ان يكون بينهما دار صغيرة اذا قسمت صار كل واحد منهما موضعا لا ينتفع به
في السكنى كالاول وان امكن الانتفاع به في غير ذلك وهذا اعم من الثاني بحسب الجملة والثاني اعم بحسب

الاستغراق

الاستغراق والاقوى اعتبار الاول اذا تقرر ذلك فمتساوي الاجزاء كالحبوب والادهان يقسم قسمة
اجبار على جميع الاقوال ومثله الثياب المتعددة المتحدة في الجنس التي يمكن تعديلها بالقيمة وكذا الحيوان والعبيد
على الاقوى والحمام الضيق والرحا ذات الدار الواحد ونحوهما لا يجوز قسمته قسمة اجبار على الاول والثالث
والجوهرة الواحدة الصغيرة لا تقسم كذلك اجماعا لعدم الانتفاع بجزئها نعم لو كانت كبيرة بحيث
يقصد بجزئها في بعض المركبات من المعاجين المفرحة والاكحال خرجت من الثاني والمراد بالمجبر للممتنع
في هذا ونظائره الحاكم الشرعي ومع تعذره ففي جواز استبداد الشريك بها وجه لخبر الاضرار   واعلم
ان ما لا ضرر في قسمته اعم من كونه مشتملا على رد وعدمه وانما يجبر الممتنع مما لا ضرر فيه مع عدم
اشتماله على الرد لانه كبيع جزء من المال ولا يجبر عليه احدهما واحاله في قسم الضرر غير مصطلح عليه هنا
ويكون بعد تعديل السهام والقرعة   اي يكون القسمة الاجبارية تامة متى حصلت بذلك القرعة
لزمت سواء كان المتولي لذلك قاسم الامام ام المتقاسمين ولو اشتملت على رد وكان القاسم منصوبا
لزمتها ايضا والا توقفت على تراضيهما بعدها لاشتمالها على المعاوضة فلا بد من لفظ يدل عليها واقله ما دل
على الرضا   وكل ما فيه ضرر كالجوهر والسيف والعضائد الضيقة لا يجبر على قسمته ولو اتفق الشركاء على القسمة
ثم عرفت معنى الضرر في مثل ذلك وامثلة المصنف تشمل الوجه الذي كان ينتفع بها فيه اولا ولا تعلم مختاره
من الاقوال ولكن سيأتي ان شاء الله تعالى في كتاب القضاء انه يختار كون الضرر نقص القيمة وحكمه هنا بعدم
جواز قسمته ما يشتمل على الضرر وان اتفقا على القسمة غير معروف وانما المعهود الذي ذكره في بابه وغيره
ان القسمة المشتملة على ضرر لا يجبر الممتنع عليها لكنها تصح بالتراضي خصوصا مع تفسيره الضرر بنقصان القيمة
فان مجرد ذلك لا يبلغ حد المنع نعم لو فسر بعدم الانتفاع امكن من حيث استلزامها تضييع المال بغير عوض
لانه اذا لم ينتفع بالاجزاء لا فائدة في القسمة بل هو محض الاتلاف   ولا يقسم الوقف لان الحق ليس
منحصرا في المتقاسمين   هذا اذا كان الواقف واحدا وانما التعدد في الموقوف عليه كالبطون المتعددة
فان الحق يتعلق بزيادتها ونقصانها فربما استحق بعض بطون المتقاسمين اكثر مما ظهر بالقسمة لموتهم وبالعكس
وكذا لو تعدد الواقف واتحد الموقوف عليه كما لو وقف جماعة على شخص وعلى ذريته واراد بعض الذرية
القسمة لعين ما ذكر اما لو تعدد الواقف والموقوف عليه كما لو وقف واقف نصفه على شخص وذريته وآخر

على غيره كذلك جاز للموقوف عليهما الاقتسام بحيث يفرز كل وقف على حدته وكذا الذريتان دون الذرية
الواحدة ولو كان التعدد فيهما على غير هذا الوجه كالوقف اثنان على كل واحد من الاثنين فحكمه حكم المتحد والضابط
ان الوقف الواحد لا يصح قسمته وان تعدد الواقف والمصرف وهو المراد من العبارة ولو كان الملك
واحدا وقفا وطلقا صح قسمته لانه تمييز للوقف من غيره هذا اذا لم يشتمل على رد او اشتملت
وكان الرد من الموقوف عليه لانه زيادة في الوقف ولو انعكس لم يصح لانه كبيع جزء من الوقف ثم على تقدير
الرد من الموقوف عليه هل يصير جميع حصته وقفا ام يكون ما قابل الرد من الحصة ملكا له لانه معاوض
عليها احتمالان والثاني اوجه نعم لو كان في مقابلة الرد وصف محض كالجودة كان الجميع وقفا لعدم
قبوله للانفصال ولا فرق في جواز قسمة الوقف من المطلق بين كون الجميع لواحد ولمختلف
او دفع انسان دابته وآخر راويته الى سقاء على الاشتراك في الحاصل لم ينعقد الشركة وكان ما يحصل للسقاء
وعليه مثل اجرة الدابة والراوية بطلان هذه الشركة ظاهر مما سبق لانها مركبة من شركة الابدان
وشركة الاموال مع عدم مزجه فيقع باطلة ولا يكون من صاحب الدابة والراوية اجارة لان الاجرة
غير معلومة فالحاصل من العمل للسقاء وللآخرين عليه اجرة مثل مالهما لذلك العمل وهذا انما يتم مع كون
الماء ملكا للسقاء او مباحا ونوى الملك لنفسه او لم ينو شيئا اما لو نواه لهم جميعا كان كالوكيل والاقوى
انهم يشتركون فيه ويكون اجرته واجرة الراوية والدابة عليهم اثلاثا فيسقط عن كل واحد ثلث
الاجرة المنسوبة اليه ويرجع على كل واحد بثلث ويكون في مستنده لما منزلة الوكيل لاذنهم له في التصرف
ان قلنا ببقاء الاذن الضمني مع فساد المطابقي والا توقفت المعاوضة على الماء على اجازتهما فان
اجازا وقلنا بعدم الافتقار اليها فالحاصل من العمل بينهم اثلاثا ويرجع كل واحد على الآخرين بثلث اجرة
نفسه او ماله فلو فرضنا ان السقا حصل اربعة وعشرين وكانت اجرة مثله خمسة عشر
واجرة الدابة اثني عشر واجرة الراوية ثلثة فلكل واحد منهم من الحاصل ثمانية لانه عوض
مالهم بناء على ما اخترناه من جواز التوكيل في حيازة المباح وسيأتي تحقيقه ثم يرجع السقا
على كل واحد منهما بخمسة ويرجع صاحب الدابة على كل واحد باربعة وصاحب الراوية
بدرهم فياخذان من السقا خمسة ويعطيانه عشرة فيفضل له ثلثة عشر ويأخذان من صاحب
الدابة ستة ويعطيانه ثمانية فيبقى معه عشرة ويأخذان من صاحب الراوية تسعة ويعطيانه
درهمين

درهمين فيحصل له من المجموع درهم فالمجموع معهم اربعة وعشرون وهي الحاصل من عوض الماء ولو حكم بالمجموع للسقاء ولم يف
باجرة مثل مالهما غرم تمام الزائد وانما حكم المص هنا بلزوم الاجرة خاصة لما سيأتي من حكمه بعدم جواز التوكيل في تملك
المباحات لو حاز صيدا او احتطب او احتش بنية انه له ولغيره لم تؤثر تلك النية وكان باجمعه
له خاصة هذا الجزم انما يتم لو لم يكن وكيلا للغير في ذلك والا اتى الاشكال الذي ذكره في توقف
تملك المباح على النية فانا لو قلنا بتوقفه وكان وكيلا ثبت الملك لهما ولو قلنا بعدم توقفه ففي ثبوت الملك
للمحيز نظر من حصول علة الملك وهي الحيازة فيثبت المعلول ومن وجود المانع للملك وهو نية عدمه بل
اثباته للغير ولا يلزم من القول بعدم توقف تملك المحاز على النية عدم توقفه على عدم النية الصارفة عن الملك
والا لكان الملك قهريا وان لم يرده كالارث ولا دليل عليه والا لكان من نحى حجرا عن الطريق او عطف غصن شجرة
او حفر حفيرة وشرب منها ملكها ولا يجوز لاحد بعده التعرض له وهو بعيد جدا ويمكن اندفاع ذلك على تقديره
بان يعد الاعراض عنه بعد ذلك اباحة له للغير كما لو اعرض عن المال اليسير وبقايا الثمرات والسنبل ونحو ذلك
بل هنا اولى وبالجملة ففي الحكم بملك المحيز بنيته انه له وللغير كما اجمع نظر على القولين ولعل الاقوى انه لا يملك الا
ما نواه لنفسه ويبقى في الباقي ما سيأتي وهل يفتقر المحيز في ملك المباح الى نية التملك اشكال وقد تردد
منشأ التردد ان اليد سبب للملك ولهذا تجوز الشهادة به بمجردها ولانه سبب في الجملة قطعا وانما الشك
في توقفه على امر آخر والاصل عدمه ومن اصالة عدم الملك في المباح خرج منه ما حصل بالحيازة والنية
معا فيبقى الباقي ولحكمهم بان ما يوجد في جوف السمكة التي اصلها الاباحة يكون لواحدها مع تحقق الحيازة له تبعا
له وانما تخلفت النية لعدم رؤيته واجيب بان ما في بطن السمكة مما لا يعد جزءا لها
مثل غذائها لا يعد محوزا بحيازتها ولو سلم بعدم ما يلزم القصد الى المحوز الشعور به ولو تبعا الا النية
وفيه نظر لان الاول مصادرة محضة اذ لا شك في حصول معنى الحيازة لجميع ما صار تحت يده بكيف
يدفع واشتراط العلم في تحقق الحيازة غير واضح لان مرجعه الى الاستيلاء ووضع اليد فاعتبار امر آخر
لا دليل عليه ولان اجزاء السمكة الداخلة غير مشعور بها والقصد اليها هو الذي يسمى نية اذ لا يعتبر
في النية سوى قصد الحيازة لنفسه والفرق بين الاجزاء وما في الامعاء وان حصل بالقصد الى الاجزاء
اجمالا بخلاف ما في الامعاء الا انه محوز والنية وان سلم عدم تعلقها به لكنها لم يتعرض عنه بحيث
يعد معرضا عنه بعدم ملكه للمحيز لم يسوغ له سبب الا فوات النية قيل لو اشترط النية

في حصول الملك بمجرد البيع بها الاستيفاء الملك والاكثر لا يحل الاطباق الامر على فعله من غير وقوف على العلم بحصول النية
حتى لو تبين ان كون العقد الواقع منها هو مع ام لعدم النية فالملك قد يتوقف على الملك ظاهرا لا انه لا يلزم من كونه له
الدخل الملك ظاهرا وجعل الشارع ذلك علامة عليه كونها دليلا في الواقع وانما جعلت دليلا عند اشتباه الحال
لتقوم به نظام النوع ادوا ولولا ذلك لما قام للمسلمين سوق ومتى علم تخلف الملك عنها اسلفى حتى لو وضع المحيز يده على شيء
عرفا وحكم لم يكن مما منه وبين الله تعالى مالكا لعدم حصول ما يوجبه فان لم يقصد الحيازة ولا الملك وانما اخذه
ليقلبه بيده ويعيد مكانه فاحكم بالملك ظاهرا الى ان يقف ما يوجب الملك ولا الحيازة وانما وضعت يده عبثا كيف يحكم له
بالملك قهرا عند الله الا دليل عليه وعلى هذا فالذي ينبغي البناء عليه ان الحكم على ظاهر الملك لا الحكم بالملك
في نفس الامر والكلام انما هو في تحقق الملك للمحيز فيما بينه وبين الله تعالى لا بحسب الظاهر وفرق بين الامرين وقد كان الامام
فخر الدين اورد على والده سؤالا في بيع المجاز قبل نية الملك فاجاب بان نية البيع تستلزم نية الملك وهو حق
لان الغرض من هذه النية مجرد قصد الاختصاص وارادة البيع والعطية ونقض بان بيعه لا يخصه في المباشرة
بل قد يقع من الوكيل والوارث الذي لا يعلم بالحال وجوابه منع ذلك فان الصبي المميز يعتبر قصده
واختياره في كثير من الاحكام الشرعية واما المجنون فامره غير منضبط فان من المجانين من يقصد الى الاختصاص
بما يحوزه وهو عليه اشد حرصا من كثير من العقلاء ولا شك بحصول الملك لهذا النوع ومنهم من لا قصد له
وهذا لا يصلح لتملك المباح بمجرد تناوله وبالجملة فالحكم في ذلك ان سبق على الحكم في نفس الامر متى لم يحصل
القصد الى الاختصاص بالمباح فالاصل يقتضي عدم الملك واستصحاب حكم المباح هذا بالنظر الى المحيز
نفسه واما بالنظر الى غيره فاذا راى تحت يده شيئا من ذلك يحكم له به ظاهرا ولا يجوز له تناوله بغير اذنه لان
اليد جعلها الشارع دليلا ظاهرا على الملك ومن هذا الباب ما يوجد في الجبال من الحطب والحشيش
ونحوهما من المباحات التي قد حصل عليها اثر اليد فانه يحكم بها لمن عمله نظرا الى ظاهر اليد ولا يلتفت فيه الى
اصالة عدم النية لان اليد شرعا حجة شرعية اقوى من هذه الاصالة وغيرها واذا راينا اشياء
تشهد القرائن الحالية على ان محيزها لم ينو التملك كالمتطوع لغرض من الاغراض كاصلاح طريق او الطعام
دابة ونزل لعدم تعلق الغرض بالباقي فالاصل فيه البقاء على الاباحة مع احتمال المنع هنا
عملا بظاهر اليد وان كان الفاعل فيما بينه وبين الله تعالى لا يجوز له اخذه منه لعدم حصول ما يقتضي
الملك واعلم ان المسألة موضع تردد لكثير من اكابر الفقهاء كالمحقق على ما رايت والشيخ رحمه الله
والعلامة في كثير من كتبه وجماعة آخرين وجملة الاقوال فيها ترجع الى ثلاثة الاكتفاء بمجرد الحيازة

والافتقار معها الى النية والاكتفاء بالحيازة مع عدم نية عدم التملك ولو نوى عدمه اثرت ولم يثمر الملك
وهذه المسألة لا تعلق لها بكتاب الشركة الا بواسطة مسألة السقاء والصياد ونحوهما لانها كالمقدمة لها
فلو ذكرها قبلها ورتب حكمها عليها كان اوفق للوضع لو كان بينهما مال بالسوية فاذن احدهما
لصاحبه في التصرف على ان يكون الربح بينهما نصفين لم يكن قراضا لانه لا شركة للعامل الى قوله بل يكون
بضاعة المراد بالبضاعة هنا المال المبعوث مع الغير ليتجر فيه تبرعا قال في الصحاح البضاعة
طائفة من مالك تبعثها للتجارة تقول بضعته واستبضعته جعلته بضاعة وانما كان هذا
بضاعة لانه لم يشركه في الربح فلا يكون قراضا ولا شركة لانه لم يعمل معه وبناء الشركة على عمل المشركين
فاذا عمل الشريك وحده كان الربح بينهما على نسبة المال وعمله معه معونة وتبرعا لانه لم يشترط لنفسه
مقابلته عوضا اذا اشترى احد الشريكين فادعى الآخر انه اشتراه لهما وانكر الآخر فالقول
قول المشتري مع يمينه لانه ابصر بنيته ولو ادعى انه اشترى لهما فانكر الشريك فالقول قوله ايضا
لما قلناه الوجه في الاولى انه وان كان وكيلا الا انه لا يتعين عليه العمل بمقتضى الوكالة لانها ليست
بلازمة فاذا نوى الشراء لنفسه وقع له فيقبل قوله في دعواه نية ذلك مع يمينه لانه ابصر بنيته
وانما يتوجه دعوى الشريك عليه اذا جعلها على وجه مسموع بان يدعي اقراره بذلك ونحوه اما لو
ادعى الاطلاع على نيته ذلك لم يكن مسموعا لانه محال ولا يمكن معرفته الا من قبله نعم لو جعلها
تحقيقا لحجة فيها مما في دعوى التهمة لانها من الامور الخفية واما الثانية فانه وكيل والوكيل قوله مقبول
في الفعل الموكل فيه كما سيأتي لو باع احد الشريكين سلعة بينهما وهو وكيل في القبض وادعى
المشتري تسليم الثمن الى البائع وصدقه الشريك برئ المشتري من حقه وتقبل شهادته
على القابض في النصف الآخر وهو حصة البائع لارتفاع التهمة عنه في ذلك القدر اما براءته
من حق المقر فلاعترافه بوصول حقه الى وكيله وهو البائع واما قبول شهادته اعني المقر على القابض
اعني المدعى عليه القبض وهو البائع في النصف الآخر وهو نصيب البائع فلعدم التهمة في هذه الشهادة

لانه يشهد لنفسه ولغير شريكه وشهادة على الشريك بقبضه هذا اذا كانت شهادته بقبض لحصته خاصة
اما لو كانت الشهادة بقبض الجميع فقد يقول الناظر من عدم سماعها في حصة الشاهد وتتبعض والشهادة اذا ردت في
بعض المشهود به هل تسمع في الباقي ام لا وجهان واعلم ان هنا دعويين احدهما من المشتري والبايع
والثانية من الشريك والمص ذكر حكم الاولى دون الثانية مع ان الثانية باب الشركة اولى واما الاولى فان تقدمت
فطالب البايع المشتري بحصته من الثمن فادعى وصوله اليه فان اقام البينة برئ من الحصتين اما من حق البايع
فبالبينة واما من حق الشريك فبها وبالاقرار ويقبل هنا شهادة الشريك المقر على البايع بالاداء اليه ان كان عدلا
اذا شهد بحصة البايع خاصة لانتفاء التهمة وفي الشهادة بالجميع ما مر وان لم يكن للمشتري بينة بالاداء
فالقول قول البايع مع يمينه فان حلف استحق اخذ حصته خاصة لاعتراف شريكه براءة المشتري
من حقه لقبض وكيله له وبطلان وكالته لفعل متعلق الوكالة ولا يشارك الشريك البايع فيما يقبض وان كان المال
في اصله مشتركا وقد حصل بعضه وتوى الباقي لاعترافه بان هذا القبض ظلم وان الحق في ذمة البايع فالقبض الاول
ولو نكل البايع عن اليمين ردت على المشتري فان حلف انه اقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبة وان نكل الزم بحصة
البايع وان لم يقض بالنكول لاصالة بقاء الثمن في ذمته حيث لم يثبت الاداء لحصة البايع وحيث
يثبت الاداء الى البايع بالبينة فللشريك المطالبة بحصته لا ان يثبت ذلك بشاهد ويمين او باليمين
المردودة على المشتري او بنكول البايع ان قضينا به لان ذلك انما يؤثر في حق المتخاصمين لا في حق
غيرهما واما الدعوى الثانية من الشريكين فان اقام الشريك البينة بقبض البايع طالبه بحقه كما مر
والا فالقول قوله في عدم القبض فان حلف انقطعت عنه وان نكل او رد اليمين حلف الشريك المقر واخذ
حصته منه ولا يرجع البايع بذلك على المشتري لاعترافه بظلم الشريك في فعله ولا انقطاع وكالته
بفعل متعلق الوكالة كما مر ولبراءة المشتري من دين الاذن باقراره ولا يخفى ان البايع ادرى بين المشتري ومرجع
به هذا حكم الخصومتين اذا تقدمت الاولى ولو تاخرت عن الثانية فالحكم كما مر الا ان الشريك
لا يقبل شهادته على البايع لسبق خصومته واما المشتري فلا تقبل شهادته للمقر على التقديرين
ولو ادعى تسليمه الى الشريك بتصديقه البايع لم يبرا المشتري من شيء من الثمن لان حصة البايع لم تسلم اليه
ولا الى وكيله والشريك ينكر فالقول قوله مع يمينه النزاع في هذه المسئلة مع شريك البايع الاذن في
قبض البايع وهي في مقابلة الاولى وجملة احكامها ان البايع اما ان يكون قد اذن للشريك في قبض حصته

اولا

اولا وعلى التقديرين فاما ان يكون الشريك المدعى عليه اذن ايضا للشريك في القبض او لا فان كان الشريك ماذونا له
في القبض برئ المشتري من حصة البايع لاعترافه بقبض وكيله ثم يبقى هنا خصومتان كما تقدم احدهما بين البايع
والشريك والاخرى بين المشتري والشريك والمص ترك حكم هذا القسم لامكان استنباطه بما تقدم وان لم يكن
ماذونا له في القبض لم يبرا المشتري من حصة البايع ولم يتوجه بينهما خصومة لانه لم يدفع حصته اليه
ولا الى وكيله ولا من حصة الشريك لانكاره قبضه مع عدم البينة ثم اذا طالب البايع بحصته
فللشريك مشاركته فيه لانكاره القبض كما في قبض كل شريك وله ان لا يشاركه ويطالب المشتري بجميع حقه
فان شارك سلم للبايع ربع الثمن خاصة وليس للبايع مطالبة المشتري بعوضه لاعترافه بظلم الشريك له في
المشاركة وبراءة ذمة المشتري وانعزاله عن الوكالة بقبض الشريك واما الشريك فيستكمل حصته من المشتري
على تقدير المشاركة للبايع لان حقه منحصر فيهما وهل تقبل شهادة البايع والمنع في المسئلتين اشبه
اي تقبل شهادة البايع للمشتري في قبض الشريك منه لعدم التهمة حيث ان الشريك ليس وكيلا للبايع وحق
البايع باق على المشتري على التقديرين وليست الشهادة متبعضة كالاولى نعم لو كان الشريك ماذونا
في القبض تبعضت الا انه غير مفروض المص ووجه ما اختاره من المنع انه وان لم يكن شريكا له
فيما قبضه لان الشهادة تجر نفعا من حيث انه اذا قبض نصيبه بعد ذلك فسلم له ولا شاركه فيه
بناء على استحقاق المشاركة اذا لم يثبت القبض وهذا هو الاشهر ولو قيل بان الشريك يملك من قبض حقه
من المشترك بانفراده قبلت شهادته اذ لا تهمة ح وسياتي الكلام في ذلك واشار بقوله في المسئلتين
الى شهادة البايع في هذه والشريك في السابقة وقد تقدم ما يدل على وجه المنع في السابقة وانه
يحتاج الى تفصيل لو باع اثنين عبدين كل واحد منهما لواحد منهما بانفراده صفقة بثمن واحد
مع تفاوت قيمتهما قيل يصح وقيل يبطل لان الصفقة تجري مجرى عقدين فيكون ثمن كل واحد مجهولا
القول بالبطلان قول الشيخ رحمه الله لانه مع تفاوت قيمتهما يصير ثمن كل واحد منهما مجهولا اذ لا يعرف
بدلا ما التقسيط والتقسيط لم يكن معلوما حال العقد وحيث كانا لمالكين فهما بمنزلة مبيعين في عقدين

في عقدين وضعّف بان الثمن انما وقع في مقابلة المجموع وهو معلوم والتقسيط الحكمي لا يقتضي التقسيط
لفظا والجهالة انما تضرّ بما لا عنا راليا ني دون الاول ولهذا لو كان المبيع عبدا واحدا ولاحدهما فيه حصة
والباقي للآخر ولم يعلم حصة كل واحد منهما صح بيعه صفقة واحدة وان اختلف العوض وجهل ما يحص
كل واحد منهما وكونهما في حكم العقدين لا يقتضي كونهما عقدين حقيقة ولهذا لو فسخ في احدهما بعين عليه
ردّ الآخر وليس كذلك لو كانا عقدين فالقول بالصحة اوضح وقد يقدم البحث في نظير ذلك من البيع فيما
اذا باع ما يملك وما لا يملك في عقد واحد اما لو كان العبدان لهما او كانا لواحد جاز لزوال المانع
المذكور حيث انهما لا يحتاجان الى تقسيط الثمن عليهما بل يقسمانه على نسبة الحصص وكذا لو كانا لواحد
مع ان ذلك التقسيط لو اثر لامكن تطرقه هنا لو عرض لاحدهما ما يبطل البيع كما لو خرج مستحقا وجرى
فان البيع في نفس الامر انما وقع على المملوك ولا يعلم قسطه من الثمن والوجه في الجمع ان ثمن المبيع
عند العقد معلوم والتوزيع لاحق فلا يقدح وكذا لو كان لكل واحد قفيز من حنطة على انفراده
لانقسام الثمن عليهما بالسوية ومثله لو كان العبدان متساويين في القيمة فان الشيخ رحمه الله انما
منع من المختلفين لجهالة ثمن كل واحد منهما وقد نبه عليه المص بقوله مع تفاوتهما
قد بيّنا ان شركة الابدان باطلة فان تميزت اجرة عمل احدهما من صاحبه اختص بها وان اشتبهت
قسم حاصلهما على قدر اجرة مثل عملهما لا اشكال في اختصاص كل منهما باجرته مع تميزها اجمع وكذا
لو تميز بعضها اختص به وانما الاشكال مع اشتباه الحال وقد اختار المص هنا قسمة الحاصل على قدر اجرة
مثل عملهما نظرا الى ان الغالب العمل باجرة المثل وان الاجرة تابعة للعمل ومثله قسمة ثمن ما باعه مشتركا بينهما
على ثمن مثل ما لكل منهما وعلى هذا لو تميز بعض حق كل واحد منهما او احدهما ضم الى الباقي في اعتبار النسبة
وان اختص به مالكه وفي المسألة وجهان آخران ذكرهما العلامة احدهما تساويهما في الحاصل
من غير نظر الى العمل لاصالة عدم زيادة احدهما على الآخر ولان الاصل مع الاشتراك التساوي ولصدق
العمل على كل واحد منهما والاصل عدم زيادة احد العملين على الآخر والحاصل تابع للعمل ويضعف بمنع كون الاصل

في المال

في المال او العمل التساوي بل لا اصل هنا يرجع اليه لان زيادة مال شخص او عمله على آخر ونقصانه ومساواته له ليس
اصلا لا بحسب العادة ولا في نفس الامر وانما يتم ذلك لو اشتركا في سبب ملك كالاقرار والوصية والوقف واشتبه الحال
فهنا يمكن الرجوع الى الاصل لاشتراكهما في اصل السبب والاصل عدم التفاوت لان اثبات الزيادة لاحدهما
موقوف على امر زايد في لفظ الاقرار والوصية والوقف ونحو ذلك والاصل عدمه بخلاف ما نحن فيه لان احد
العملين على الآخر والاحتمال قائم في تفاوتهما وتساويهما على حدّ سواء وايضا ما ذكره من تعليله وارد فيما لو امتاز
لاحدهما اكثر عمله واشتبه بعضه بمجموع مال الآخر فان اصالة عدم زيادة احد المالين على الآخر وارد فيه
ملزم اتحاد الحكم عند اشتباه الجميع واشتباه جزء يسير منه وهو باطل والوجه الثاني الرجوع
الى الصلح لانه طريق الى تيقن البراءة كما في كل مال مشتبه ولا شبهة في انه اولى مع اتفاقهما عليه والا
فما اختاره المص اعدل من التسوية اذا باع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى احدهما منه شيئا
شاركه الآخر فيه موضع البحث ما اذا كان بين شريكين فصاعدا دين مشترك بسبب كون سببه واحدا
كبيع سلعة وميراث واتلاف ونحو ذلك والمص فرضه في بيع الشريكين سلعة صفقة لتناسب باب
الشركة بالمعنى الثاني فانها عقد يقتضي التصرف بالبيع ونحوه مما يستثمر الربح واحترز بقوله صفقة عما لو باع
كل واحد منهما نصيبه بعقد وان كان العقدان لو اخرفانها لا يشتركان في ما يقبضه احدهما عن حقه
اجماعا ولا فرق في الصفقة بين كون المشتري واحدا ومتعددا لان الموجب للشركة العقد الواحد
على المال المشترك اذا تقرر ذلك فلكل من الشريكين في المال المذكور مطالبة المشتري بحقه من الدين فاذا استوفاه
شاركه الآخر فيه على ما اختاره المص والشيخ واكثر الاصحاب وهو مروي من طرقهم في عدة اخبار الا انها قاصرة
عن الاستدلال بارسال بعضها وضعف الآخر وعدم صراحة المطلوب في بعضها وعللوه مع ذلك بان كل جزء
من الثمن مشترك بينهما فكل ما حصل منه كان بينهما وذهب ابن ادريس الى ان لكل منهما ان يقتضي حقه ولا يشاركه الآخر
فيه محتجا بان لكل واحد منهما ان يبرئ الغريم من حقه ويهبه ويصالح على شيء منه دون الآخر ومتى ابرئ
برئ من حقه وان بقي حق الآخر وكذا اذا صالح عليه فكما لا يشاركه من وهب وصالح للمستوفي الآخر
كذا لا يشاركه هو لو استوفى ولان متعلق الشركة بينهما كان هو العين وقد ذهبت ولم يتعوضها
الا دين في ذمته فاذا اخذ احدهما حقه منه لم يكن قد اخذ عينا من اعيان الشركة بل حق امر كلي

في الذمة لا يتعين الا بقبض المالك او وكيله وهنا ليس كذلك لانه انما قبض لنفسه ولا يخفى ضعف الملازمة السابقة

واما دليله الثاني فلا باس به ويعضده وجوه اخر منها انه ان وجب الاداء بالمطالبة بحقه وجب ان

لا يكون للشريك فيه حق لكن المقدم حق اتفاقا فالتالي مثله بيان الملازمة ان وجوب الاداء بالمطالبة

بحصة الشريك فرع التمكن من تسليمها لاستحالة التكليف بالممتنع فاذا ثبت تمكنه من دفعها على انها للشريك

ودفعها كذلك امتنع ان يكون للشريك الآخر فيها حق ومنها انه لو كان للشريك في المدفوع حق

لزم وجه قبيح وهو تسلط الشخص على قبض مال غيره بغير اذنه ومنها انه لو كان كذلك لوجب ان

يبرأ الغريم من مقدار حقه من المدفوع لاستحالة بقاء الدين في الذمة مع صحة قبض عوضه لكن الثاني

باطل عندهم لانهم يحكمون بكونه مخيرا في حق ولا امتنع اخذ حقه عنه الشريك اياه ومنها

ان المقبوض اما ان يكون مالا مشتركا او لا فان كان مشتركا وجب على تقدير تلفه ان يتلف منهما كسائر

اموال الشركة وتبرأ ذمة الغريم منه والا لم يكن للشريك فيه حق وعندي في هذه الوجوه كلها

نظر لانها انما ترد لو جعلنا حق الشريك معينا في المقبوض على جهة الشركة وكلام عند القائل به ليس كذلك بل يحقق

الحال ان حقهما لما كان في الذمة امرا كليا لم ينحصر في فرد من افراد مال المديون الا بقبض المستحق او وكيله فاذا

طالب احد الشركاء فلا شبهة في استحقاقه ذلك لان الاصل في مستحق الدين ان يسلط على تحصيله ومن ثم

اجمعوا على ان له المطالبة منفردا كما اجمعوا على ان الشريك اذا لم يجز مشاركته يختص بما قبض وصح

فاذا اقبضه المديون شيئا معينا من ماله فقد تراضيا هو والقابض على حصر بعض هذا الامر الكلي

في الفرد المقبوض واحاله الحال انها في الذمة وهو الامر الكلي مشترك بين الشريكين وللشريك الآخر

هذا التخصيص في الفرد المعين ومشاركته فيه وان لا يجيزه ويطالب المديون بحقه لان حق

المعين لا يتم الا برضاه وصح تعيين المعين او لا للقابض وهذا هو الوجه في تخييرهم بين المشاركة ومطالبة

المديون بحقه فان قيل اذا كان تعين الكلي المشترك متوقفا على رضا الشريكين يجب ان يبطل حق الشريك

القابض من المقبوض ايضا لان الكلي لم يصح حصره في المعين بسبب عدم رضا الشريك وكيف يتعين بالنسبة الى الواحد

دون واحد مع استحالة الترجيح بغير مرجح قلنا المرجح هنا موجود وهو ان القابض قد رضي بتعيين حقه

اجمع في المعين لكنه كان موقوفا على عدم اختيار الشريك مشاركته والحال انه لكن مجموع ما في الذمة

حصة بحكم سقطا ... بسبب تعلق حق الشريك بالمعين وانما هو بقدر حقه فاذا لم يختر الشريك مشاركته فيه

انحصر حقه فيه لتقدم رضاه على ذلك في ابتداء القبض وانما توقف على امر وقد حصل وبقي القدر الاخر باقيا في ذمة

المديون للشريك ومن هنا وجب على الغريم الدفع اليه لانه بقدر حقه وامره من الانحصار فيه اوفيه

دونها

وفي شريكه وكلاهما يجب الدفع اليه والشريك وان لم يجب الدفع اليه قبل المطالبة الا ان هذا المدفوع لم يجب دفعه لاجله

بل لاجل الشريك المطالب وانما يجب مشاركة الغريم الآخر بمطالبته والحاصل ان الحق لما كان قد تعين باختيار المالك

وقبض الغريم وانما كان موقوفا على امر الشريك فاذا لم يرض به تحقق شرط التعين القابض واستقر ملكه على المقبوض وهذا

يندفع جميع الوجوه المذكورة اذا تبين ذلك فنقول هذا المتفرع على هذا المذهب المشهور بصفة يكون

ملكا للقابض تاما التعيينه له على المقدرين بل على القولين فما وقع قبل اختيار الشريك له ويلفه عليه

واما النصف الاخر فهو مقبوض بيده لنفسه قبضا مترلزا مراعى باختيار الشريك الرجوع بحصته على المديون

من ملك القابض له بالقبض وتبعه النماء وان اختار اخذه فهي ملكه له من حين قبضه او قبض شريكه الاول

احتمالان ولعل الثاني اوجه لا نه يكون بمنزلة عقد الفضولي تبين باجازته انتقال الملك من حين العقد

لا من حين الاجازة واما تلفه قبل اختيار الشريك فهو من القابض على التقديرين لعدومه على ضمانه ولعموم

على اليد ما اخذت حتى تؤدي او اطلاقها واعلم ان القابض لو اراد الاختصاص بالمقبوض بغير

اشكال فليبع حقه للمديون على وجه يسلم من الربا بثمن معين فيحتص به ومثله الصلح عليه بل اولى بالجواز

وكذا لو ابراه من حقه واستوهب عوضه او احال به على المديون ما عليه وكان كالقبض وانما ياتي الخلاف

في ذلك مع حلول الحقين معا فلو كان حق احدهما مؤجلا اما بالعقد الاول او باشتراطه في عقد لازم لم يشارك

الآخر فيما قبض قبل حلول الاجل لانه لا يستحق الآن شيئا ويمكنه من تاجيله يقتضي جواز قبض الحصة منفردة لاستلزامه

تمييز حصته من حصة الآخر وكذا لو ضمن ضامن لاحد الشريكين حصته فان الضمان صحيح ساقول الادلة يختص

باخذ المال المضمون من الضامن وهو يقتضي امكان اخذ الحصة منفردة على الاخرى كما تقدم وبالجملة فالقول باختصاص

القابض لا يخلو من قوة وان كان الوقوف مع المشهور اولى اذا استأجر للاحتطاب او الاحتشاش

او الاصطياد مدة معينة صحت الاجارة وملك المستاجر ما يحصل من ذلك في تلك المدة جواز الاستيجار على

تحصيل ذلك ونحوه من المباحات يبنى على ما سلف من ان تملكها هل يكفي فيه مجرد الحيازة ام لا بد معها من نية

التملك فان اكتفينا بالحيازة لم يصح الاستيجار عليها ولا التوكيل فيها لان المستناب يملكها بمجرد الحيازة

فلا يتصور ملك المستاجر والموكل لها وان قلنا بافتقاره الى النية صح الاستيجار والتوكيل ايضا لان

الملك لما كان تابعا للنية فاذا نوى تملك غيره مع كونه نائبا له صح وكذا يصح على القول بعدم اعتبار النية

بل يعتبر ان لا ينوي منافيا في الملك كما اختاره بعض الاصحاب وح فاذا نوى بذلك المستاجر صح وملك المستاجر ×

والمصنف رحمه الله جزم هنا بالصحة مع تردده فيما سبق في اشتراط النية فهو اما رجوع الى الجزم باعتبارها
بعد التردد او اختيار للقول الذي حكيناه فانه لا ينافي عدم اشتراط النية ويبقى في المسألة بحث آخر وهو انه
على القول بصحة الاجارة على احد القولين انما يقع الملك للمستاجر مع نية الاجير الملك له او مع الاطلاق على القول
الآخر اما مع نية الملك لنفسه فيحتمل ان يقع له لحصول الشرط على جميع الاقوال واستحقاق المستاجر
منافع ملك المدة لا ينافي ذلك فانه لا يقصر عما لو عمل عملا لغير المستاجر فانه يقع حسب ما وقعه ولكن
يثبت للمستاجر عليه اجرة تلك المدة التي فوت فيها العمل على تفصيل يأتي في ذلك ان شاء الله فلنكن هنا كذلك
وربما فرق بين عمله لنفس ما استوجر على عمله وغيره ففي الاول يكون الجميع للمستاجر لاستحقاقه اياه بالعقد
بخلاف ما اذا عمل في مدة الاجارة غير ما استاجره عليه فانه يتخير كما فصل وفي الفرق نظر
ولو استاجر لصيد شيء بعينه لم يصح لعدم الثقة بحصوله غالبا لما كان ضابط المستاجر عليه كونه مقدورا
للاجير حيث يقصد منه مباشرته فلا يصح الاستيجار لتحصيل صيد معين فلا يملك الاجرة ان فعل ذلك لانه بعد
مقدورا موثوقا به عادة بخلاف الصيد المطلق فان العادة قاضية بامكانه اذ لا بد من القدرة على شيء
منه كيف اتفق غالبا

كتاب المضاربة

هي مفاعلة من الضرب في
الارض لان العامل يضرب فيها للسعي على التجارة وابتغاء الربح بطلب صاحب المال فكان الضرب مسبب
عنهما طردا لباب المفاعلة في طرفي الفاعل او من ضرب كل منهما في الربح بسهم وبما فيه من الضرب بالمال
وتقليبه يقال للعامل مضارب بكسر الراء لانه الذي يضرب في الارض ويقلبه ولم يشتق اهل اللغة
لرب المال من المضاربة اسما وهذه لغة اهل العراق واما اهل الحجاز فيسمونه قراضا اما من القرض وهو
القطع ومنه المقراض لانه يقرض به فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها للعامل او اقطع
له قطعة من الربح او من المقارضة وهي المساواة والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل منهما الآخر
بشعره ومنه قول ابي الدرداء قارض الناس ما قارضوك فان تركتهم لم يتركوك يريد ساوهم فيما يقولون ووجهه
هنا ان المال من جهة مالكه والعمل من جهة العامل فقد تساويا في قوام العقد بهما او لاشتراكهما في الربح
وتساويهما في اصل استحقاقه وان اختلفا في كميته ويقال منه للمالك مقارض بالكسر وللعامل
مقارض بالفتح واعلم ان من دفع الى غيره مالا ليتجر به فلا يخلو اما ان يشترطا كون الربح بينهما
او لاحدهما او لا يشترطا شيئا فان شرطاه بينهما فهو قراض وان شرطاه للعامل فهو قرض وان شرطاه للمالك
فهو بضاعة وان لم يشترطا شيئا فكذلك الا ان للعامل اجرة المثل وعقد القراض مركب من عقود كثيرة لان العامل
مع صحة العقد وعدم ظهور ربح ودعي امين ومع ظهوره شريك ومع التعدي غاصب وفي تصرفه وكيل

ومع فساد

ومع فساد العقد اجير وهو جائز من الطرفين سواء نض المال او كان به عروض لا خلاف في كون القراض
من العقود الجائزة من الطرفين لانه وكالة في الابتداء ثم قد يصير شركة وهما جائزان ايضا والمراد بانضاض المال صيرورته
دراهم او دنانير كما كان اولا وتعلق العروض به بالنظر الى اصله والا فالعروض ايضا مال فلو قال او كان عروضا
كان اجود ولو اشترط فيه الاجل لم يلزم لكن لو قال ان مرت بك سنة فلا تشتر بعدها وبع صح
لان ذلك من مقتضى العقد اي لم يلزم العقد مدة الاجل بل يصح فسخها قبله ولكن العقد والشرط صحيحان
اما الشرط فيفيد المنع من التصرف بعده لان التصرف تابع للاذن ولا اذن بعده واما العقد
فلان الشرط المذكور لم ينافِ مقتضاه اذ ليس مقتضاه الاطلاق وكذا القول في قوله ان مرت بك سنة
فلا تشتر لان امر البيع والشراء منوط بامر المالك فله المنع منهما بعد السنة ومن احدهما اولى ومثله
ما لو عكس بان قال لا تبع واشتر وانما لم يذكره لان البيع هو المقصود في هذا الباب لطلب الربح وتحصيل
الانضاض وليس كذلك لو قال على اني لا املك منعك لان ذلك مناف لمقتضى العقد لان مقتضاه
ان لكل من المتعاقدين فسخه كما هو شأن العقود الجائزة فاذا شرط ما ينافيه فسد العقد لفساد الشرط
ولو شرط ان لا يشتري الا من زيد او لا يبيع الا على عمرو صح وكذا لو قال ان لا يشتري الا الثوب
الفلاني سواء كان وجود ما اشار اليه عاما او نادرا لا خلاف عندنا في جواز هذه الشروط ولزومها
وان ضاقت بسببها التجارة واطلاق النصوص دال عليه ونبه به على خلاف بعض العامة حيث منع من
اشتراط ما يكون وجوده نادرا ومضيقا وحيث يقع التعيين على احد الوجوه فخالف العامل ضمن المال لكن لو ربح
كان الربح بينهما على ما شرطناه سواء في ذلك المخالفة في النوع وفي السفر وفي جهته لصحيحة الحلبي ومحمد بن مسلم
وغيرهما عن الباقر والصادق عليهما السلم ولولا النص لكان مقتضى لزوم الشرط فسادها وقع مخالفا او موقوفا
على الاجازة ولو اشترط ان يشتري اصلا يشتركان في نمائه كالشجر او الغنم قيل يفسد لان
مقتضاه التصرف في راس المال وفيه تردد اي مقتضى عقد المضاربة او مقتضى القراض الذي هو رديفها التصرف
في راس المال بالبيع والشراء وتحصيل الربح بالتجارة وهذا الشرط كذلك لان فوائده تحصل بغير تصرف من عين المال
ووجه الصحة انه حصل بسعي العامل اذ لولا شراؤه لم يحصل النماء وذلك من جملة الاسترباح بالتجارة
ويضعف بان الحاصل بالتجارة هو زيادة القيمة لما وقع عليه العقد لا نماؤه الحاصل مع بقاء عين المال
وبان المضاربة يقتضي معا وصفين احدهما بالشراء والاخرى بالبيع واقل ما يحققان مرة وبهما يظهر الربح
والانضاض والمضاربة تدل على ملك العامل لهما بالمطابقة وعلى كل واحد بالتضمن فمنعه من احدهما مخالف

لعصيانهما فان قيل هذا كان ذلك كتقييد المالك عليه في الشراء المعين او من معين او البيع عليه ونحو ذلك
مما كان يدخل في اطلاقها وبالتقييد خرج ولم ينافِ ذلك مقتضاها قلنا الفرق بينهما حصول اصل
المقتضى وهو البيع والشراء وتحصيل الربح بما ذكر وانما قيد موضوعهما بخلاف المتنازع فان المقتضى
لم يتحقق اصلا كما بيناه وعلى القول بالفساد يصح الشراء المذكور بالاذن ويكون النماء الحاصل
باجمعه للمالك لانه نماء ملكه وعليه اجرة المثل للعامل واعلم ان المنع انما هو في حصر الربح في
النماء المذكور بسبب هذه المعاملة والا فلا يمنع كون النماء منها ويحتسب من جملة الربح على بعض
الوجوه كما اذا اشترى شيئا له غلة فظهرت غلته قبل ان يبيعه فانها تكون منها من جملة الربح لان
الربح لم ينحصر فيها لامكان تحصيله من اصل المال ايضا   ولو اذن له في التصرف تولى باطلاق
الاذن ما يتولاه المالك من عرض القماش والنشر والطي واستيجار من جرت العادة باستيجاره عملا
بالعرف ولو استاجر للاول ضمن ولو تولى الاخير بنفسه لم يستحق اجرة   المراد بالاذن في التصرف
هنا اطلاق عقد المضاربة اذ لا يفتقر العامل معها في جواز التصرف الى اذن آخر وكان حقه
ان يقول ولو اطلق العقد تولى العامل بالاطلاق ما ذكر وحاصل ذلك ان المضاربة لما كانت
معاملة على المال للاسترباح كان اطلاق العقد مقتضيا لفعل ما يتولاه المالك في التجارة
بنفسه من عرض القماش على المشتري ونشره وطيه واحرازه وبيعه وقبض ثمنه وايداعه الصندوق
ونحو ذلك وهذا النوع لو استاجر عليه فالاجرة عليه خاصة حملا للاطلاق على المتعارف واما ما
جرت العادة بالاستيجار عليه كالدلالة والحمل ووزن الامتعة الثقيلة التي لم تجر عادة التاجر
بمباشرتها بحسب حال التجارة من مثل ذلك التاجر فله الاستيجار عليه حملا على المعتاد ايضا ولو عمل هذا
النوع بنفسه لم يستحق اجرة لانه متبرع في ذلك ولو قصد بالعمل الاجرة كما ياخذ غيره توفرا على نفسه
وتوسعا في المكسب ففي استحقاقها له وجه خصوصا على القول بان للوكيل في البيع ان يبيع من
نفسه وفي الشراء ان يشتري من نفسه فيكون للوكيل في الاستيجار ان يستاجر نفسه ولكن الاطلاق
المتقدم والحاكم بعدمه يقتضي العدم ولو اذن له المالك في ذلك فلا اشكال والمراد بتوليه واستيجار من جرت
العادة باستيجاره مثل الدلال ومن ذكر معه لان من موضوعة لمن يعقل ولو قال الاستيجار لما جرت
العادة بالاستيجار له كان اشمل ليشمل مثل استيجار الدابة اذ لا مدخل في عموم من ويدخل فيما ذكرناه
واطلاق الاستيجار على مالكها مجازا بعيد   وينفق في السفر كمال نفقته من اصل المال على الاظهر
المراد بكمال النفقة نفقة السفر اجمع واحترز به عن القدر الزائد عن نفقة الحضر فان القول الآخر انه
لا ينفق من المال سواه للاجماع على ان نفقة الحضر على نفسه فما ساواه في السفر يحتسب عليه ايضا والزائد

على القراض وقيل انه جميع نفقة السفر على نفسه كنفقة الحضر والاقوى الاول لصحيحة علي بن جعفر عن اخيه موسى
عليهما السلم قال في المضاربة ما انفق في سفره فهو من جميع المال واذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه وما للعموم
ووجه الثاني انه انما حصل بالسفر الزيادة لا غير اما غيرها فسواء كان مسافرا ام حاضرا لا بد منها فلا
يكون السفر علة فيه   ووجه الثالث ان الربح مال المالك والاصل انه لا يتصرف فيه الا بما دل عليه
الاذن ولم تدل الا على الحصة التي عينها له وهو لم يدخل الا عليه فلا يستحق سواه والاقوى الاول
عملا بالنص الدال عليه وهو مع ذلك اشهر بين الاصحاب اذا تقرر ذلك فالمراد بالسفر هنا العرفي لا الشرعي
وهو ما يجب فيه التقصير فلو كان قصيرا او اقام في الطويل واتم الصلوة فنفقته تلك المدة على المال نعم
يجب الاقتصار منه على ما يحتاج اليه التجارة فلو اقام زيادة عنه فنفقته عليه خاصة والمراد بالنفقة
ما يحتاج اليه فيه من ماكول وملبوس ومشروب ومركوب وآلات ذلك كالقربة والجوالق واجرة
المساكن ونحو ذلك ويراعى فيها ما يليق بحاله عادة على وجه الاقتصاد فان اسرف حسب عليه وان قتر
لم يحتسب له لانه لم ينفق ذلك واذا عاد من السفر فما بقي من اعيان النفقة ولو من الزاد يجب رده الى
التجارة او تركه وديعة الى ان يسافر اذا كان ممن يتكرر سفره ولم يكن بعيدا او عود على التجارة من تركه ولو
شرط فيه عدم النفقة لزم الشرط للعامل فلا ينفق ولو اذن له بعد ذلك فهو تبرع محض ولو شرطها
فهو تاكيد على القول بثبوتها ومخرج من الخلاف وهل يشترط تعيينها ح وجه قوي حذرا من الجهالة
في الشرط الذي هو جزء العقد بخلاف ما تناوله اطلاق العقد باذن الشارع خصوصا على القول
بعدمها وينبه عليه اشتراط نفقة الاجير حيث لا تثبت على المستاجر ويحتمل على القول بثبوتها
عدم وجوب ضبطها لثبوتها بدون الشرط فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالاصل ولا يعتبر في النفقة
ثبوت ربح بل ينفق ولو من اصل المال ان لم يكن ربح وان قصر المال نعم لو كان ربح فهي منه مقدمة على حق
العامل وانما ينفق في سفر ماذون فيه فلو سافر الى غيره اما بتجاوز المأذون او الى غير جهته فلا نفقة
له وان كانت المضاربة ثابتة ومؤنة المرض والموت في السفر محسوبة على العامل لانهما لم يتعلقا
بالتجارة   ولو كان لنفسه مال غير مال القراض فالوجه التقسيط   وجه التقسيط ظاهر
لان السفر لاجلهما فالنفقة عليهما وهل التقسيط على نسبة المالين او نسبة العملين وجهان
احدهما الاول لان استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال ولا نظر الى العمل ثم ان قلنا
بوجوب كمال النفقة على مال المضاربة فالتقسيط كما ذكرناه وان قلنا انما يجب النفقة الزائدة فالتقسيط
لتلك الزيادة خاصة عليهما والباقي على ماله وربما قيل هنا بعدم ثبوت شيء على مال المضاربة وهو ضعيف

لوجود المقتضي في الموضعين ولو كان معه قراض آخر لغير صاحب الاول ووزعت النفقة عليهما ايضا على قدر المالين
او العملين كما مر ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد شرطها على كل واحد منهما او اطلق بل له نفقة واحدة عليهما على
التقديرين لان ذلك منزل على اختصاص المشروط بالعمل هذا مع جهل كل واحد منهما بالآخر اما لو علم صاحب
القراض الاول بالثاني وشرط على ماله كمال النفقة جاز واختص به ولا شيء على الثاني ولو انفق صاحب
مسافرا فانفسخ المال منه فنفقة عوده من خاصته لان النفقة سفرا انما استحقت بالمضاربة
وقد ارتفعت بالفسخ ولا عن عليه لدخوله على عقد يجوز فسخه كل وقت ونبه بذلك على خلاف بعض العامة
حيث اثبت له نفقة الرجوع لانه استحقها حين السفر وهو ممنوع وللعامل ابتياع المعيب
والرد بالعيب واخذ الارش كل ذلك مع الغبطة الفرق بينه وبين الوكيل حيث لا يجوز له شراء المعيب ان
الغرض الذاتي هنا الاسترباح وهو يحصل بالصحيح والمعيب ولا يتعين بالصحيح وعلى تقدير شرائه جاهلا
بالعيب يتخير بين الرد والامساك بالارش بما فيه الغبطة بالنظر الى التجارة فقد يكون الرد اغبط وقد
يكون اخذ الارش اغبط فلذلك تخير بينهما بخلاف الوكيل فان شراءه ربما كان للقنية والمعيب لا يناسبها غالبا فحمل
الاطلاق على الصحيح عملا بالمعارف ويقتضي الاطلاق والاذن في البيع نقدا بثمن المثل من نقد البلد
لما كان اطلاق عقد المضاربة محمولا على المتعارف في التجارة والمحصل للارباح وجب قصر تصرف العامل
على ما يحصل به الغاية فله البيع نقدا لا نسيئة لما فيها من التغرير بمال المالك وبثمن المثل لا بدونه للتضييع
مع العدم وعلى تحصيل الزايد وكلا مر منهما واضح واما البيع بنقد البلد فالاطلاق في الوكالة منصرف اليه
وهو في معنى الوكالة فمن ثم اطلقه المص وقبله الشيخ وجماعة لكن قد عرفت ان المضاربة
تفارق الوكالة في بعض المطالب لان الغرض الاقصى منها تحصيل الربح وهو قد يكون بغير نقد البلد كالعروض
والاقوى جوازه بها مع الغبطة واحترز بما لو اذن له في شيء من ذلك خصوصا او عموما لتصرف كيف شئت
وبحسب رأيك ونظرك ونحو ذلك فانه يجوز له البيع بالعرض قطعا اما النقد وثمن المثل فلا يخالفهما الا
بالتصريح نعم يستثنى من ثمن المثل نقصان ما يتسامح الناس به عادة ولو خالف لم يمض
الامع اجازة المالك اذا خالف ما دل عليه اللفظ بخصوصه او اطلاقه لم يقع التصرف باطلا بناء
على جواز بيع الفضولي لكن يقف على اجازة المالك فان اجازه نفذ ثم ان قدر على تحصيل النسيئة والا
ضمن الثمن لثبوته بالبيع الصحيح لا القيمة والا وجب الاسترداد مع امكانه ولو تعذر ضمن قيمة المبيع
او مثله لا الثمن المؤجل وان كان ازيد ولا التفاوت في صورة النقيصة لانه مع عدم اجازة البيع
بيعه بالاقل يصير للمالك عين ماله الذي تعدى فيه وسلمه من غير اذن شرعي وفي المسئلة احتمالات
اخر مدخوله وكذا يجب ان يشتري بعين المال لما في شرائه في الذمة من احتمال الضرر اذ ربما
تلف

تلف راس المال فيبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك وقد لا يقدر عليه او لا يكون له غرض في غير ما دفع ولان
المقصود من العقد ان يكون ربح المال بينهما ولا يكون ذلك الا اذا اشترى بالعين لان الحاصل بالشراء في الذمة
ليس ربح هذا المال ولو اشترى في الذمة لم يصح الا مع الاذن اي لم يقع لازما فاطلق الصحة
على اللزوم وهو بل يقع موقوفا على اجازته ويمكن ان يريد بالاذن ما يشمل الاجازة ويريد بالصحة معناها المتعارف
والا والاول اعرف ولو اشترى في الذمة لا معه ولم يذكر المالك تعلق الثمن بذمته ظاهرا
هذا اذا لم يذكر المالك في الشراء لفظا والا بطل العقد مع عدم اجازته ولو ذكره بنية خاصة
وقع للعامل ظاهرا كما ذكر ووجب عليه التخلص باطنا من حق البايع وسيأتي ان شاء الله في الوكالة تحقيق
ذلك ولو لم يذكره لفظا ولا نية وقع له ظاهرا وباطنا ولو امره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها او امره
بابتياع شيء معين فابتاع غيره ضمن ولو ربح والحال هذه كان الربح بينهما بحسب الشرط المراد ان المضاربة
لا تبطل بهذه المخالفة وان وجب الضمان والاثم في التصرف غير المأذون والربح بينهما على حسب
الشرط للنصوص الصحيحة الدالة عليه والا لتوجه الاشكال الى صحة الابتياع المخالف لوقوعه بغير اذن
فينبغي ان يكون فضوليا وكان السبب في ذلك ان الغرض الذاتي في هذه المعاملة هو الربح وباقي التخصيصات
عرضية لا تؤثر في فساد المعاوضة المخالفة لحصول المقصود بالذات وبالجملة فالمستند النص الصحيح
وعمل الاصحاب به ويجب تقييد المخالفة في جهة السفر بما اذا بيع المتاع في تلك الجهة بما يوافق قيمته في الجهة
المعينة او يزيد فلو كان ناقصا بما لا يتغابن بمثله لم يصح كما لو باع بدون ثمن المثل واعلم ان العامل
لا يجوز له السفر مطلقا بدون اذن المالك عندنا سواء كان الطريق مخوفا ام سالما لما فيه من التغرير
في الجملة المنافي للاكتساب لقول النبي صلى الله عليه وآله المسافر وماله على قلت الا ما وقى الله
اي على هلاك وحيث يأذن له فان اطلق تخير في الجهات وان عين له جهة تعينت كما ذكر وعبارة
المص خالية عن تحريم السفر مطلقا بغير اذنه فلذلك نبهنا عليه ويموت كل منهما تبطل المضاربة
لانها في معنى الوكالة لما كان هذا العقد من العقود الجايزة بطل بما تبطل به من موت كل منهما وجنونه
واغمائه والحجر عليه للسفه لانه يتصرف في مال غيره باذنه فهو كالوكيل ولا فرق بين حصول ذلك قبل
التصرف وبعده ولا بين ان يكون قد ظهر ربح وعدمه ثم ان كان الميت المالك وكان المال ناضا لا ربح
فيه اخذه الوارث وان كان فيه ربح اقتسماه ويقدم حصة العامل على جميع الغرماء لملكه لها
بالظهور فكان شريكا للمالك ولان حقه متعلق بعين المال دون الذمة وان كان المال عرضا فللعامل
بيعه ان رجى الربح والا فلا وللوارث الزامه بالانضاض ان شاء مطلقا وسيأتي الكلام
في ذلك في مسئلة الفسخ وان كان الميت العامل فان كان المال ناضا ولا ربح اخذه المالك وان

كان فيه ربح دفع الى الورثة حصتهم منه ولو كان هناك متاع واحتيج الى البيع والتنضيض فان اذن المالك للوارث
فيه جاز والا نصب له الحاكم امينا يبيعه فان ظهر فيه ربح اوصل حصة الوارث اليه والا سلم الثمن الى المالك وحيث
حكم ببطلان المضاربة بالموت واريد تجديدها مع وارث احدهما اشترط في الثانية شروط الاولى من انضاض المال والصيغة
وغيرهما   ومن شرطه ان يكون عينا وان يكون دراهم او دنانير   اشتراط ذلك في المال موضع وفاق نقله
في التذكرة وهو العمدة وعلل مع ذلك بان ما في الذمة لا بد من تحصيله اولا ولا يجوز ضم عمل الى التجارة ولان المضاربة
معاملة تشتمل على غرر اذ العمل مجهول والربح غير متيقن الحصول وانما سوغت هذه المعاملة مع ذلك للحاجة
فيختص بما يسهل التجارة به ويروج في كل وقت وحال وهو النقدان ولا يخفى ان اثبات الحكم بمثل هذه
التعليلات بعيد والعمدة على نقل الاجماع   وفي القراض بالنقرة تردد   النقرة بضم اوله القطعة المذابة
من الذهب والفضة ومنشأ التردد فيها من عدم كونها دراهم ودنانير الذي هو موضع الوفاق ومن
مساواتها لهما في المعنى حيث انها من النقدين وانما فاتها النقش ونحوه وانضباط قيمتهما بهما واصالة الجواز
وهذا كله مندفع بما ذكرناه من اتفاقهم على اشتراط احدهما ومع ذلك لا نعلم قائلا بجوازها وانما ذكرها المصنف
مترددا في حكمها ولم ينقل غيره فيها خلافا واذا كانت المضاربة حكما شرعيا فلا بد من الوقوف على ما ثبت
الاذن فيه شرعا وربما اطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير سكة فان صح هذا الاسم كان التردد
من حيث انها قد صارت دراهم ودنانير وان تخلفت السكة وهي وصف في النقدين مما لا يقدح
خصوصا اذا تعومل بها على ذلك الوجه ومما يعدم من وجوه المنع   ولا يصح بالفلوس ولا بالورق
المغشوش سواء كان الغش اقل او اكثر   هذا اذا لم يكن متعاملا بالمغشوش فلو كان معلوم الصرف
من الناس جازت به المعاملة وصح جعله مالا للقراض سواء كان الغش اقل او اكثر   ولا بالعروض
العروض بضم العين جمع عرض بفتحها ساكن الوسط ويحرك وهو المتاع وكل شيء سوى النقدين ذكره
في القاموس وعلى هذا كان يستغنى عن ذكرها عما تقدم بشموله لدخوله فيها ولكن حكى الجوهري
عن ابي عبيد ان العروض هي الامتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا ولا عقارا وح فلا
تشمل الفلوس ولا النقرة الا ان المعنى الاول انسب بالمقام ويمكن ان وجه تخصيصها بالافراد
ما فيها من شبهة الجواز وعدم جواز المضاربة بالعروض موضع وفاق وعلل مع ذلك بانه لا يتحقق
فيها الربح لانه ربما ارتفعت قيمتها فيدخل الربح في اصل المال او يستغرقه وربما نقصت قيمتها فيصير راس
المال ربحا والاعتماد على الاتفاق   ولو دفع آلة الصيد كالشبكة بحصة فاصطاد كان للصائد
وعليه اجرة الآلة   وذلك لفساد المضاربة بخلاف مقتضاها فان مقتضاها تصرف العامل في رقبة
المال وهنا ليس كذلك وليس بشركة لانه مركبة من شركة الابدان وغيرها ولتميز مال صاحب الشبكة

ولا باجارة

ولا باجارة وهو ظاهر والحكم بكون الصيد للصائد مبني على عدم تصور التوكيل في تملك المباح والا كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصائد
وقد سبق الكلام على نظيره ويبعد بناؤه على ان العامل لم ينو الملك الا لنفسه لان ظاهر الحال دخوله على الشركة وحيث يكون الصيد
لهما فعلى كل منهما من اجرة مثل الصائد والشبكة بحسب ما اصابه من الملك ولو كان المدفوع اليه بدل الشبكة دابة ليحمل عليها ويكريها بالاجرة
والحاصل بينهما فالحاصل باجمعه لصاحب الدابة وعليه مثل اجرة العامل ولم يصح المعاملة ايضا لعين ما ذكروا الفرق بين
الشبكة والدابة في كون الحاصل لصاحب الدابة دون مسألة الشبكة ان الاجرة تابعة للعمل والعمل في الدابة حاصل
منها وفي الصيد من الصائد والشبكة تبع لعمله كما ان النسبة بحمل الدابة وعملها تابع لها فيكون الحاصل للعامل
ولا مدخل هنا للنية كما في مسألة الصيد   ويصح القراض بالمال المشاع   لان المشاع معين في نفسه جامع
لباقي الشرائط فيصح القراض به ولا فرق بين ان يكون عقده واقعا مع الشريك وغيره   ولا يكفي المشاهدة وقيل
يصح مع الجهالة ويكون القول قول العامل مع التنازع في قدره   القولان للشيخ رحمه الله الاول في الخلاف
والثاني في المبسوط ومنشأ الاختلاف من زوال معظم الغرر بالمشاهدة وبقاء الجهالة والاصح الاول وحكى
في المختلف عن الشيخ القول بجواز المضاربة بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة ورواه في المختلف محتجا له بالاصل
وبقوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم ولا اشكال في ان القول قول العامل مع يمينه مع قدره سواء صحت
المعاملة ام لا لانه منكر وح يتفرع قوله ويكون على الصحة مع المشاهدة باعتبار انه اذا لم يصح لا يدفع اليه المال
غالبا فلا يقع التنازع لكن لو فرض كان حكمه كذلك ولذا لو اختلفا في قدره في غير هذه الصورة
ولو احضر مالين وقال قارضتك بايهما شئت لم ينعقد بذلك قراض   لانتفاء التعيين الذي هو شرط في صحة العقد
ولا فرق في المالين بين كونهما متساويين جنسا وقدرا او مختلفين خلافا لبعض العامة حيث جوزه مع التساوي
واذا اخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن   هذا مع جهل المالك بعجزه لانه مع عجزه
يكون واضعا يده على المال على غير الوجه المأذون فيه لان تسليمه اليه انما كان ليعمل فيه فكان ضامنا
وهل يكون ضامنا للجميع او للقدر الزائد على مقدوره قولان من عدم التميز والنهي عن اخذه على هذا الوجه
ومن ان التقصير بسبب الزائد فيختص به والاول اقوى   وربما قيل انه ان اخذ الجميع دفعة فالحكم كالاول
وان اخذ مقدوره ثم اخذ الزائد ولم يمزجه به ضمن الزائد خاصة ويشكل بانه بعد وضع يده على الجميع

عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع ولا مرجح الآن لاحد اجزائه ولو ترك الاول واخذ الزيادة لم يعجز وكان المالك عالما بعجزه لم يضمن
اما لعدم وضعه على الحفظ او كان علمه بذلك يقتضي الاذن في التوكيل وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد به اذ لا منافاة بين الضمان وصحة العقد
لمن ثم يوثق من علم المالك وجهله ولو كان قادرا بحيث لا يعجز وجب عليه رد الزائد عن قدر وسعه لوجوب حفظه وهو عاجز عنه
وامكان التخلص منه بالفسخ فلو لم يفسخ ضمن وبقي العقد كما مر   ولو كان في يد غاصب مال فقارضه عليه صح ولم يبطل الضمان
فاذا اشترى به ودفع المال الى البائع برئ لانه قضى دينه باذنه   قد تقدم البحث في نظير هذه المسألة في باب الرهن وان وجه
بقاء الضمان انه كان حاصلا قبل ولم يحصل ما يزيله لان عقد القراض لا يلزمه عدم الضمان فانه قد يجامعه بان
يتعدى فلا ينافيه ولقوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدي وحينئذ لانتهاء الغاية فيبقى الضمان الى
الاداء اما على المالك او على من اذن له في الدفع الى البائع مأذون فيه فيكون من جملة الغاية واستقرب العلامة
زوال الضمان هنا وتبعه ولده في الشرح لان القراض امانة فصحة عقده توجب كون المال امانة لان معنى
الصحة ترتب الاثر ولانتفاء علة الضمان لزوال الغصب ولانه اذن في بقائه في يده وفيه نظر لان معنى
كون القراض امانة من حيث انه قراض وذلك لا ينافي الضمان من حيثية اخرى كما لو كان غصبا فان الضمان قد
يجامعه كما اذا تعدى العامل ولا يلزم من انتفاء علة الثبوت ثبوت علة الزوال واما اقتضاء العقد الاذن
في القبض فضعفه ظاهر لان مجرد العقد لا يقتضي ذلك وانما يحصل الاذن بامر آخر ولو حصل سلمنا زوال الضمان
كيف والعلامة قد صرح في التذكرة بان كون المال في يد العامل ليس بشرط في صحة القراض فلو قال المالك انا ابقي
المال في يدي وادفع الثمن كلما اشتريت متاعا صح وربما قيل بعدم زوال الضمان وان اذن له في قبضه
يعرف ذلك لما تقدم من الادلة ويضعف بانه قد يصح وكيل محض وان كان له في القبض مصلحة لانه يصح كالوكيل بجعل
ولو اسقط عنه الضمان او قبضه ثم رده فلا اشكال في الزوال كما انه لو دفعه ثمنا الى البائع زال اجماعا
ولو اذن للعامل في قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد لانه لا يخرج بالاذن عن كونه دينا لكن لم يقع القبض
عن المالك فلو اشترى به بعد ذلك كان فضوليا لفساد عقد القراض وقوله ما لم يجدد العقد اي بعد القبض فانه
صح يقع صحيحا وفيه اشارة الى صحة القبض وان كان مترتبا على عقد فاسد   لو قال بع هذه السلعة
فاذا نض ثمنها فهو قراض لم يصح لان المال ليس بمملوك عند العقد   المراد بالمال الثمن الذي يصح به القراض وعدم مملوكيته
واضح اذ لا يحصل الا بعد البيع ولانه مجهول وقد تقدم ان المال المجهول لا يصح به ولان العقد معلق على شرط فلا يصح
كالبيع خلافا

كالبيع خلافا لبعض العامة حيث جوزه كذلك   ولو مات رب المال وبالمال متاع فاقره الوارث لم يصح
لان الاول بطل ولا يصح ابتداء القراض بالعروض   المراد اقره بعقد مستأنف سواء كان بلفظ التقرير ام غيره والمانع من
الصحة كون المال عروضا وهذا التقرير قراض جديد لبطلان الاول بالموت حيث انه من العقود الجائزة والمالك
الآن غير العاقد ولو كان المال نقدا صح تجديده قطعا لكن هل يصح بلفظ التقرير قيل لا لانه يؤذن باستصحاب
الاول وامضائه لان ظاهره تركتك او اقررتك على ما كنت عليه والحال انه قد بطل والاقوى الصحة ان استفادا
من اللفظ معنى الاذن لان عقد القراض لا ينحصر في لفظ كغيره من العقود الجائزة والتقرير قد يدل عليه   ولو اختلفا
في قدر راس المال فالقول قول العامل مع يمينه لانه اختلاف في المقبوض   لا فرق في ذلك بين كون المال باقيا وتالفا
بتفريط لاشتراك الجميع في المعنى وهو اصالة عدم الزائد وبراءة ذمة العامل منه واليه اشار المص بقوله لانه
اختلاف في المقبوض لان المالك يدعي انه اقبضه الزائد وهو ينكره والاصل عدمه واولى بالحكم ما لو كان تالفا
بتفريط فان العامل حينئذ غارم والقول قوله في القدر هذا كله اذا لم يكن قد ظهر ربح والا ففي قبول قوله اشكال
من جريان التعليل المذكور وهو الظاهر من اطلاق المص ومن استلزام انكاره لزيادة راس المال توفير الربح فيزيد
حصته منه فيكون ذلك في قوة اختلافهما في قدر حصته منه مع ان القول قول المالك فيه مع يمينه
ولانه مع بقاء المال الاصل يقتضي كون جميعه للمالك الا ان يدل دليل على استحقاق الزائد ومع تلفه بتفريط
فالمضمون قدر مال المالك واذا كان الاصل استحقاق المالك جميعه قبل التلف الا ما اقر به للعامل فالضمان
تابع للاستحقاق   وهذا هو الاقوى وربما قيل ان القول قول المالك الا مع التلف بتفريط مطلقا وهو ضعيف
جدا   ولو خلط العامل مال القراض خلطا لا يتميز ضمن لانه تصرف غير مشروع   لان مال القراض امانة
والامانة لا يجوز خلطها كالوديعة ولا يبطل العقد بذلك وان اثم وضمن ويقسم الربح بينهما على نسبة المال هذا
مع اطلاق العقد اما لو عمم له لفظا بقوله كما لو قال افعل ما شئت او برأيك فيجوز ذلك مع المصلحة لانه قد
فان الخلط قد يكون مصلحة في بعض الاحوال   ويلزم الحصة بالشرط دون الاجرة على الاصح   مرجع
هذا النزاع الى ان المضاربة هل هي من العقود الصحيحة المشروعة ام لا والقول بكونها صحيحة ويلزم فيها
للعامل ما شرط له من الحصة قول جميع العلماء على اختلاف مذاهبهم الا قليلا من اصحابنا والاخبار بها متظافرة

صحيحه من طرق اهل البيت عليهم السلم ومن طرق غيرهم وذهب الشيخ فى النهايه وقبله المفيد وتبعهما جماعة الى ان الربح كله للمالك
وللعامل اجرة مثله لان النماء تابع للمال والمعامله فاسدة لجهالة العوض والجواب المنع من فساد هذه المعامله بعد
ثبوتها بالنصوص الصحيحه وعموم الايات ان لم يحصل الاجماع والجهاله بالعوض لا تضر فى شىء كثير من العقود كالمزارعه والمساقاه
وتبعية النماء للاصل مطلقا ممنوع ولا بد ان يكون الربح مشاعا فلو قال خذه قراضا والربح لى فسد ويمكن ان يجعل بضاعة
نظرا الى المعنى وفيه تردد المراد بالشاع ان يكون ما جعله مشتركا بينهما ويخرج به امور الاول ان يجعل لاحدهما
شيئا معينا والباقى للآخر ولم يذكره المصنف وهو باطل اتفاقا ولانه ربما لا يربح الا ذلك القدر ويلزم ان يختص به احدهما
وهو غير جائز وقد ذكر المصنف فيما بعد ما يقرب منه وهو ان يشرط لاحدهما شيئا معينا والباقى بينهما الثانى ان يقول المالك
خذه قراضا والربح لى ووجه الفساد اختصاصه بالربح المنافى لمقتضى العقد فان مقتضاه الاشتراك فى الربح
وهل يكون هذه الصيغه بضاعة بمعنى ان العامل لا يستحق على عمله اجرة ام يكون قراضا فاسدا كما يقتضيه الاخلال
بشرط القراض مع التصريح به المشهور الثانى فيكون الربح للمالك وعليه الاجرة للعامل ووجه الاول
النظر الى المعنى فانه دال على البضاعه وان كان بلفظ القراض ولان البضاعه توكيل فى التجارة تبرعا وهى لا تختص
بلفظ وما ذكره دال عليها ولانه لا يحكم بالغاء اللفظ ما امكن حمله على الصحيح وذكر القراض وان كان منافيا بحسب
الظاهر الا انه يمكن ان يكون هنا ماخوذا من معنى المساواة التى هى من احد معانيه المال ومن الآخر العمل مع قطع النظر الى امر آخر
وهو احد ما اشتق منه المعنى الشرعى كما سبق ولو قيل ان ذلك بحسب اللغه والحقيقه الشرعيه تاباه امكن ان يتجوز فيه
بان الحقايق اللغويه تصير مجازات شرعيه وهو اولى من الفساد وفى المختلف اختار انه لا اجرة للعامل لانه دخل على ذلك
وكان متبرعا بالعمل وهذا يحتمل بنائه على البضاعه وعلى القراض الفاسد وان زاد عليه بعدم الاجرة نظرا الى دخوله
على التبرع بل هذا افتح وهو قوى الثالث ان يقول خذه قراضا والربح كله لك ووجه فساده ما مر
ويحتمل كونه قرضا لدلالة ما تقدم عليه معنى كما تدل السابقه على البضاعة ولان القرض لا يختص بلفظ كما تقدم مثل ما دل عليه
وهذا دال عليه معنى فعلى هذا يكون الربح كله للعامل والمال مضمون عليه ولا شىء للمالك وعلى الاول للمالك وعليه
للعامل الاجرة ومحل الاشكال ما اذا لم يقصد القرض ولا القراض اما مع ان لم يقصد شيئا او لم يعلم ما قصد والا كان قرضا
فى الاول وقراضا فاسدا فى الثانى بغير اشكال اما لو قال خذه فاتجر به والربح لك كان بضاعة ولو قال الربح

فى الحكم بالضمان فى القرض

لكان قراضا

لكان قراضا الفرق بين الصيغتين اشتمال الاولى على ضميمة منافية للقرض والبضاعة وهى التصريح بالقراض
وهو حقيقة شرعية فى العقد المخصوص بخلاف الاخرى هذا اذا اطلق اللفظ وقصد القرض او البضاعة ولو قصد
القراض فمنه ما سبق لصلاحية اللفظ لعقده خصوصا مع انضمام قصده فان التصريح بالقراض ونحوه فى العقد ليس بشرط
ولو اختلفا فى القصد المبطل احتمل تقديم المالك لانه اعرف به والعامل نظرا الى ظاهر اللفظ مرجحا لجانب الصحه ولو
اختلفا فى ضميمة اللفظ قدم قول مدعى ما يصح معه العقد لاصالة الصحه وعدم الضميمة ولو شرط
احدهما شيئا معينا والباقى بينهما فسد لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا تتحقق الشركة عدم الوثوق بالزيادة
لا يصلح دليلا على الفساد بانفراده كما فى عدم الوثوق باصل الربح وانما وجه الفساد اقتضاء عقد المضاربة الاشتراك
فى جميع الربح كما تقدم ولقول الصادق عليه السلم فى صحيحه الحلبى الربح بينهما ومثله رواية اسحق بن عمار
عن الكاظم عليه السلم وهنا الربح ليس بينهما وان وثق بالزيادة بل بعضه على تقدير الزيادة وجميعه
على تقدير عدمها لمن شرط له فعلى هذا يفسد العقد وان وثق بالزيادة ولو قال له خذه على
النصف صح ووجه الصحه ان المتبادر من العبارة ان الربح بينهما نصفين وهو يقتضى ان المالك
لا يفتقر الى تعيين حصته لانها له بالتبع له وانما يفتقر اليه العامل فيكون المراد بالنصف انه للعامل لانه
المحتاج الى الاشتراط وفيه نظر لان اللفظ كما يحتمل ذلك يحتمل ان يكون النصف للمالك والآخر لا يحتاج
الى ذكره لتبعيته للمال فيفسد وافتقار العقد الى تعيين حصة العامل لا يقتضى كون اللفظ المشترك
محمولا عليه والقول بالصحه متجه لتبادر المعنى الصحيح من هذا اللفظ وكذا على ان الربح بيننا ويقتضى
ان الربح بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب المقتضى للاستحقاق فان الاصل عدم التفاضل كما لو
اقر لهما بمال وكما لو قال المقر الشىء الفلانى بينى وبين زيد وخالف فى ذلك بعض الشافعية
فحكم ببطلان العقد لان البينة تصدق مع التفاوت فحيث لم يبينها فيحمل استحقاقا والربح ورد
بمنع صدقها على غير التساوى مع الاطلاق نعم لو انضم اليه قرينة صح حمله على غيره بواسطتها
ولو قال على ان لك النصف صح ولو قال على ان لى النصف لم يصح لانه لم يعين للعامل حصته الفرق
بين الصيغتين ان الربح لما كان تابعا للمال والاصل كونه للمالك لم يفتقر الى تعيين حصته فان عينها
كان تاكيدا واما تعيين حصة العامل فلا بد منه لعدم استحقاقه فيها بدونه فاذا قال النصف لك

كان تعيينا لحصة العامل وبقي الباقي على حكم الأصل وأما إذا قال النصف لي لم يقتض ذلك كون النصف الآخر للغير
بل هو باق على حكم الأصل أيضا فيبطل العقد ويحتمل الصحة وحمل النصف الآخر على أنه للعامل نظرا إلى عدم الفرق بين الصيغتين عرفا
وبعد مفهوم الحصر وضعف عدم استقرار العرف على ذلك وضعف دلالة المفهوم والأجود البطلان   ولو شرط لغلامه
حصة معهما صح عمل الغلام أم لم يعمل ولو شرط لأجنبي وكان عاملا صح وإن لم يكن عاملا فسد وفيه وجه آخر الأصل في الربح
أن يكون بين العامل والمالك خاصة على ما يشترطانه فلا يصح جعله لأجنبي ولو فرض كونه عاملا كان بمنزلة العامل المتعدد
فلا يكون أجنبيا وأما شرط حصة لغلام أحدهما الرق فهو كشرطها لمالكه فيصح لأن العبد لا يملك شيئا ولو قلنا يملك كان كالأجنبي
وحيث شرط الأجنبي شرط عمل فلا بد من ضبط العمل بما يرفع الجهالة وكونه من أعمال التجارة لئلا يتجاوز مقتضاها وإنما وصفه
بالأجنبية مع كونه عاملا لأن المراد بالعامل هنا من يكون له التصرف في جميع ما يقتضيه العقد وهذا المشروط له
ليس كذلك بل إنما شرط عليه عمل مخصوص بأن يحمل لهم المتاع إلى السوق أو يدلل عليه ونحو ذلك من الأعمال الجزئية المنضبطة
فلو جعل عاملا في جميع الأعمال كان العامل الذي هو أحد أركان العقد متعددا وهو غير محل الفرض وبهذا اندفع ما قيل
من أن شرط العمل ينافي كونه أجنبيا والوجه الآخر الذي أشار إليه المص في الأجنبي مطلقا أنه إذا شرط للأجنبي يصح الشرط
وإن لم يعمل لعموم المؤمنون عند شروطهم وأوفوا بالعقود وقيل إن المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل رجوعا
إلى أصله لئلا يخالف مقتضى العقد ولعموم العامل على أن ما عمل له خاصة وهذا الوجه لم يذكره غيره وليس بمعروف
فلذلك اختلف فيه   ولو قال لك نصف ربحه صح وكذا لو قال نصف ربح   المشهور صحة القراض في الصورتين
وأنه لا فرق بينهما من حيث المعنى لأن النصف لما كان مشاعا فكل جزء من المال إذا ربح فنصف ربحه للعامل ونصفه للمالك بمقتضى
الشرط وخالف في ذلك الشيخ رحمه الله في أحد قوليه فجعل الثاني باطلا لما فيه من أن مقتضى القراض أن ربح كل جزء بينهما وهنا
قد شرط ربح النصف الواحد للمالك لا يشاركه فيه العامل والآخر بالعكس وربما ربح نصفه خاصة فيختص به أحدهما أو ربح
أكثر من النصف فلا تكون الحصة معلومة وأجيب بأن الإشارة ليست إلى نصف معين بل مبهم فإذا ربح أحد
النصفين فذلك الذي ربح نصف المال والذي لا ربح له لا اعتداد به وحيث كان النصف مشاعا فكل جزء منه له ربح
نصفه   ولو قال لاثنين لكما نصف الربح صح وكانا فيه سواء ولو فضل أحدهما صح أيضا وإن كان عملهما سواء
أما تساويهما مع الإطلاق فلأن مقتضاه الاشتراك والأصل عدم التفضيل ولأنه المتبادر منه عرفا كما في قوله
بينا وأما مع التفضيل فهو صحيح عندنا وإن اختلف عملهما لأن غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير

وأمر الحصة

وأمر الحصة على ما يشترطانه مع ضبط مقدارها ولأن عقد الواحد مع اثنين كعقدين فيصح كما لو قارض أحدهما
في نصف المال بنصف الربح والآخر في نصفه الآخر بثلث الربح فإنه جائز اتفاقا خلافا لبعض العامة حيث
اشترط التسوية بينهما في الربح مع استوائهما في العمل قياسا على اقتضاء شركة الأبدان ذلك والأصل والفرع عندنا
باطلان   ولو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول المالك مع يمينه لأنه منكر للزائد ولأن الاختلاف
في فعله وهو أبصر به ولأن الأصل تبعية الربح للمال فلا يخرج عنه إلا ما أقر المالك بخروجه وهذا مع
عدم ظهور الربح أما معه فظاهر المص أنه كذلك لعين ما ذكر وربما استوجه بعض المخالفين التحالف
لأن كلا منهما مدعي ومدعى عليه فإن المالك يدعي استحقاق العمل أيضا بدون الحصة الدنيا والعامل ينكر
ذلك فيجيء القول بالتحالف لأن ضابطه كما سلف في البيع أن ينكر كل واحد ما يدعيه الآخر بحيث لا يجتمعان
على أمر ويحلفان فيما زاد عليه وهو ضعيف لأن نفس العمل لا يتناوله الدعوى لأنه بعد انقضائه
لا معنى لدعوى المالك استحقاقه وكذا قبله لأن العقد الجائز لا يستحق به العمل وإنما المستحق المال الذي
أصله للمالك وحقيقة النزاع فيه فيرجع فيه ما تقدم من الأصول   ولو دفع قراضا في مرض الموت
وشرط ربحا صح وملك العامل الحصة   لا فرق في ذلك بين كون الحصة المشروطة للعامل بقدر أجرة المثل وأزيد
إذ لا تفويت في ذلك على الوارث حتى يعتبر من الثلث فإن التوقف على إجازته أو نفوذه من الثلث وهو ما
يتبرع به المريض من المال الموجود حالة التبرع وهنا ليس كذلك لأن الربح أمر معدوم متوقع الحصول وليس مالا
للمريض وعلى تقدير حصوله فهو أمر جديد حصل بسعي العامل وحدث على ملكه بعد العقد فلم يكن للوارث فيه
اعتراض   ولو قال العامل ربحت كذا ثم رجع لم يقبل رجوعه وكذا لو ادعى الغلط أما لو قال خسرت
أو قال ثم تلف الربح قبل إنما لم يقبل قوله في الأولين لأن إنكاره مكذب لإقراره الأول فلا يسمع كما في جميع
كل مقر ولا فرق بين أن يظهر لدعواه الكذب أولا وجها كما لو قال كذبت لتترك المال في يدي أو لا خلافا
لبعض العامة حيث قبل قوله في الأول لأن ذلك واقع في بعض المعاملين لأجل هذا الغرض وأما قبول قوله خسرت
أو تلف الربح فلأنه أمين هذا إذا كانت دعوى الخسران في موضع محتمل بأن عرض في السوق كساد ولو
لم يحتمل لم يقبل نبه عليه في التذكرة   والعامل يملك حصته من الربح بظهوره ولا يتوقف على وجوده
ناضا   هذا هو المشهور بين الأصحاب بل لا يكاد يتحقق فيه مخالف ولا نقل في كتاب الخلاف عن أحد

من اصحابنا ما يخالفه ووجهه مع ذلك اطلاق النصوص بان العامل يملك ما شرط له من الربح وهو متحقق قبل الانضاض
وقبل القسمة ولان سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع في العقد فيجب ان يثبت مقتضاه متى وجد الربح كما يملك عامل المساقاة
حصته من الثمرة بظهورها ولان الربح مع ظهوره مملوك فلا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقا ولا تثبت احكام
الملك في حقه فيلزم ان يكون للعامل اذ لا مالك غيرهما اتفاقا ولان العامل يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا لانها فرع
الملك ولا يكفي في استحقاقها مجرد العلاقة لانها ليست قسمة حقيقية واطلاقهم يقتضي انها حقيقة ولانه لو لم يكن
مالكا بالظهور لم يعتق عليه نصيبه من ابيه لو اشتراه والتالي باطل لحديث محمد بن قيس عن الصادق عليه السلم قال قلت له
رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال يقوم فاذا زاد درهما واحدا عتق واستسعى
في مال الرجل والمقتضي للاعتاق انما هو دخوله في ملكه ونقل الامام فخر الدين عن والده ان في هذه المسئلة اربعة
اقوال ولكن لم يذكر القائل باحد منها احدها انه يملك بمجرد الظهور وثانيها انه يملك بالانضاض
لانه قبله غير موجود خارجا بل مقدر موهوم والمملوك لا بد ان يكون محقق الوجود فيكون الظهور موجبا
لاستحقاق الملك بعد التحقق ولهذا يورث عنه ويضمن حصته من اتلفها سواء المالك والاجنبي وثالثها
انه انما يملك بالقسمة لانه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شايعا في المال كساير الاموال المشتركة
والتالي باطل لانحصاره في الربح ولانه لو ملك لاختص بربحه ولان القراض معاملة جائزة والعمل فيها غير مضبوط
فلا يستحق العوض فيها الا بتمامه كالجعالة ورابعها ان القسمة كاشفة عن ملك العامل لان القسمة
ليست من اسباب الملك والمقتضي للملك انما هو العمل وهي دالة على تمام العمل الموجب للملك وفي التذكرة
لم يذكر في المسئلة عن ساير الفقهاء من العامة والخاصة سوى القولين وجعل الثاني للشافعي في احد قوليه
ولاحمد في احد الروايتين واتفاقا انما في على الاول فلا ندري لمن ينسب هذه الاقوال وهي مع ذلك ضعيفة
الماخذ فانا لا نسلم ان الربح قبل الانضاض غير موجود لان المال غير منحصر في النقد فاذا ارتفعت قيمة العرض
فراس المال منه ما قابل قيمة راس المال والزايد ربح وهو محقق الوجود ولو سلم انه غير محقق الوجود لا يقدح
في كونه مملوكا فان الدين مملوك وهو غير موجود في الخارج بل هو في الذمة امر كلي هذا اما على الثاني وعلى
الثالث انه لا ملازمة بين الملك وضمان الحادث على الشياع ويجوز ان يكون مالكا ويكون ما يملكه وقاية لراس المال
فيكون الملك متزلزلا واستقراره مشروط بالسلامة وكذا لا منافاة بين ملك الحصة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل
الملك

الملك ولانه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح اكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ولان القسمة
ليست من العمل في شيء فلا معنى لجعلها تمام السبب في الملك فلا وجه لالحاقها بالجعالة وقد نبه عليه في الوجه الرابع ومن
ضعف ما سبق يستفاد ضعف الرابع لانه ترتيب عليها اذا تقرر ذلك فمعول على القول بملك بالظهور وهو ليس بملك تام
ولا مستقر لان الربح وقاية لراس المال فلا بد لاستقراره من امر آخر وهو اما انضاض جميع المال او انضاض قدر راس المال
مع الفسخ او القسمة اولاهما على قول قوي وبدونه يجبر ما يقع في التجارة من تلف او خسران سواء كان الربح والخسران
في مرة واحدة ام مرتين وفي صفقة ام اثنين وفي سفرة ام سفرات لان معنى الربح هو الفاضل عن راس المال في زمن ذلك
العقد فاذا لم يفضل شيء فلا ربح وهو محل وفاق وسياتي بعض احكام ذلك العامل امين لا يضمن ما يتلف الا عن
تفريط او جناية المراد بالجناية ما يعبر عنه في نظايره بالتعدي فان استعمال شيء من اموال القراض واكله على غير وجهه و
انفاقه كذلك يقال له خيانة للمالك وتعد للحد الذي قرره الشارع والفرق بينهما وبين التفريط ان التفريط عدم فعل
وهو ما يجب فعله وهما وجوديان لاشتراكهما في فعل ما يجب تركه وقوله يقبل في التلف لا فرق في ذلك
بين دعواه تلفه بامر خفي كالسرق او ظاهر كالحرق ولا بين امكان اقامته البينة عليه وعدمه عندنا لكونه
امينا فيقبل قوله فيه كساير الامناء بل يقبل من الغاصب كما سياتي ان شاء الله تعالى ففيه اولى
وهل يقبل في الرد فيه تردد اظهره انه لا يقبل وجه عدم القبول ظاهر لاصالة عدمه ولان المالك منكر
فيكون القول قوله كما ان العامل في ذلك مدع فعليه البينة وبهذا يحصل في مثل دعوى التلف لامر
خارج لا يقتضي ثبوته مطلقا والقول الآخر للشيخ رحمه الله ان القول قول العامل لانه امين كالمستودع
ولما في عدم تصديقه قوله من الضرر لجواز كونه صادقا فتكليفه بالرد تكليف بما لا يطاق واجيب
بمنع كليته قبول قول كل امين وبالفرق بينه وبين المستودع فانه قبض لنفع نفسه والمستودع قبض لنفع المالك
وهو محسن محض فلا يناسب اثبات السبيل عليه بعدم قبول قوله لما فيه من الضرر والضرر اللاحق للعامل
من عدم قبول قوله مستند الى حكم الشرع فلا يقدح والتكليف بما لا يطاق ممنوع لما سياتي ويبقى في
المسئلة بحث وهو انه اذا لم يقبل قوله في الرد يلزم تخليده الحبس لو اصر على انكاره خصوصا مع امكان
صدقه وهم قد صرحوا بمثل ذلك في الغاصب حيث يدعي التلف فكيف يثبتونه في الامين الا ان يحمل على

من اخذه ومطالبته به وان ادت الى الحبس للاستظهار به الى ان يحصل اليأس من ظهور العين ثم يؤخذ منه
البدل للحيلولة او مثل هذا ما اتى في دعوى التلف خصوصا من الغاصب وليس في كلامهم تنقيح هذا المحل فينبغي
التحرير فيه اذا اشترى من ينعتق على رب المال فان كان باذنه صح وينعتق فان فضل شيء من المال عن ثمنه
كان الباقي قراضا ولو كان في العبد فضل ضمن رب المال حصة العامل والوجه الاجرة لما كان مبنى عقد القراض
على طلب الربح فكل تصرف ينافيه كان باطلا ومن جملته شراء من ينعتق على المالك لانه تخسير محض فضلا عن
عدم الربح لاشتماله على الغرض المقصود من العقد فان اذن المالك في شرائه صح كما لو اشتراه بنفسه او وكيله
وعتق على المالك وبطلت المضاربة في ثمنه لانه بمنزلة التالف وصار الباقي رأس المال ان كان والا بطلت
المضاربة كما لو تلف جميع المال هذا اذا لم يكن في العبد ربح حين الشراء فان كان فيه فهل يستحق
العامل حصته في العبد ام يكون له الاجرة وكلاهما مبنيان على وقت ملكه للحصة فان جعلناه
كالانضاض او القسمة فلا اشكال في عدم استحقاقه هنا لانتفائهما وان جعلناه بالظهور كما هو
المشهور المنصور احتمل كونه كذلك كما اختاره المص لبطلان المضاربة بهذا الشراء لعدم كونه من
متعلق الاذن فان شراء المضاربة ما اقتضى التقلب والبيع وطلب الربح مرة بعد اخرى وهو منتف
هنا لكونه مستعقبا للعتق فاذا صرف الثمن فيه بطلت وضمن المالك للعامل اجرة المثل كما لو فسخ
المالك بنفسه ويحتمل ثبوت حصة العامل في العبد لتحقق الملك بالظهور ولا يقدح فيه عتقه
القهري لصدوره باذن المالك فكانه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح واتلفها ويتجه حينئذ على العامل
مع يسار المالك ان قلنا بالسراية في مثله من العتق القهري او مع اختيار الشريك السبب ويغرم له نصيبه مع يساره
والا استسعى العبد فيه والاول اقوى لان هذا الشراء ليس من متعلق العقد كما قررناه فان قيل استحقاق العامل
الاجرة انما هو في العمل المحسوب للمضاربة فاذا علم بان هذا ليس من اعمالها بل منافيا لها بالجملة لا يستحق العامل
شيئا قلنا استحقاق الاجرة ليس مقصورا على هذا العمل وحده بل عليه وعلى ما تقدمه من الحركات والسفر
وغيره من المقدمات من حين العقد الى الان لان ذلك كله من متعلقات العقد وقد فسخ باختيار المالك الذي هو
في قوة فسخه فثبت للعامل عليه الاجرة كما اذا فسخ المالك قبل ان يشتري العامل وبعد ان سعى وسافر وعمل ما
شاكل ذلك من المقدمات واما هذا العقد فانه وان لم يكن من مقتضيات العقد لكنه عمل مأمور به
من المالك

من المالك من فاعل معد نفسه للعمل بالعوض فيجب ان يثبت له عليه اجرة مثله مضافا الى ما تقدم وعلى تقدير انحصار
العمل من حين العقد فيه ففيه الاجرة ان كان مثله مما يحتمل الاجرة والا فلا وحكم المص وغيره بالاجرة لا يسع ازيد من ذلك
بل المراد ان كان العمل مما له اجرة فان الاحالة على اجرة المثل يقتضي ان للمثل اجرة قطعا وبهذا يحصل الفرق بين عمل هذا العامل
وعمل الوكيل الذي مبنى عمله على التبرع والاجرة ليست من مقتضياته بخلاف القراض فانه مبني على طلب العوض على عمله من
حصة او اجرة وان كان بغير اذنه وكان الشراء بعين المال بطل وان كان الشراء في الذمة وقع للعامل الا ان
يذكر رب المال اذا وقع شراء المذكور بغير اذن المالك فلا يخلو اما ان يكون الشراء بعين المال او في الذمة
وعلى التقديرين فاما ان يكون عالما بالنسب وبحكم الشراء المذكور او جاهلا بهما او باحدهما خاصة فالصور ثمان
وعلى تقدير الشراء في الذمة اما ان يذكر المالك للبايع لفظا او ينوي الشراء له خاصة او يطلق وينويه لنفسه خاصة
من هذا المقام والمص رحمه الله لم يفرق في اطلاق كلامه بين العالم بالنسب والجاهل وخلاصة القول في ذلك انه
اشترى بعين المال بطل اي لم يقع لازما لكنه يكون فضوليا يقف على الاجازة مع احتمال ان يريد بالبطلان حقيقته
نظرا الى النهي عن الشراء المذكور من حيث منافاته لغرض القراض واشتماله على الاتلاف المحض ويضعف بان غايته
التصرف في مال المالك بغير اذنه وذلك هو الفضولي بعينه والنهي فيه لا يبلغ حد الفساد كنظايره وهذا مع علمه
بالنسب والحكم اما مع جهله فيحتمل كونه كذلك لان الاذن في هذا الباب انما ينصرف الى ما يمكن بيعه وتقليبه
في التجارة للاسترباح ولا يتناول غير ذلك فلا يكون ما سواه مأذونا فيه والتباس الامر ظاهرا لا يقتضي الاذن
غايته انه غير اثم لجهله وهذا هو الذي دل عليه اطلاق المص ويحتمل صحة البيع ويحكم بعتقه على المالك قهرا
ولا ضمان على العامل لان العقد المذكور انما يقتضي شراء ما ذكر بحسب الظاهر لا في نفس الامر لاستحالة توجه الخطاب
الى الغافل لاستلزامه تكليف ما لا يطاق وكما لو اشترى معيبا لم يعلم بعيبه فتلف بذلك العيب والفرق بين
المعيب والمتنازع بجواز شراء المعيب اختيارا دونه ولا مدخل له فيما نحن فيه لان الكلام في حالة لا ربح فيها
كالعيب المفروض الذي يأتي على النفس والحال انه جاهل به ولو ابرأه عنه في حالة اخرى لا دخل له في المطلوب
وكذا القول بان تكليف الغافل بما لا يطاق انما يقتضي عدم الاثم لا صحة العقد لحكمهم بصحة العقود
التي يظن فيها الربح وان ظهرت على خلاف ذلك بل على ضده فلم يكن هنا كذلك فالحكم موضع اشكال
ويقوى الاشكال مع جاهل احدهما خصوصا جاهل الحكم لانه معذور لعدم قدرته على التحفظ فان العلم
مفقود ولنا اما جاهل النسب فمعذور بانعدام وان اشترى في الذمة لم يقع للمضاربة لما تقدم

من عدم تناول الاذن لها لكن ان كان ذكر المالك لفظا فهو فضولي وان نواه خاصة وقع للعامل ظاهرا وبطل باطنا فلا
يعتق ويجب عليه التخلص منه على وجه شرعي اذ ليس ملكا له في نفس الامر للنية الصارفة عنه وان اطلق وقع له مطلقا
اذا كان المالك امراة فاشترى زوجها فان كان باذنها بطل النكاح وان كان بغير اذنها فقيل يصح الشراء
وقيل يبطل لان عليها في ذلك ضررا وهو اشبه لا شبهة في صحة الشراء اذا كان باذنها لانتفاء الضرر حينئذ لمجيئه
من قبلها وبطل النكاح لامتناع اجتماع الملك والنكاح على ما هو محقق في بابه وان كان بغير اذنها
فقد نقل المصنف فيه قولين احدهما الصحة والقائل به غير معلوم ووجهه انه اشترى ما يمكنه طلب
الربح فيه ولا يتلف به راس المال فجاز كما لو اشترى ما ليس بزوج والثاني بطلان الشراء لما ذكره المصنف
من العلة وهي حصول الضرر على المالكة به فيكون ذلك دليلا على عدم الرضاء وتقييدا لما اطلقته من الاذن
بدليل منفصل عقلي او نحوه وينبغي على هذا ان يكون موقوفا على اجازتها اذا قلنا بتوقف عقد الفضولي عليها
ويحتمل ان يريد به قائله البطلان مطلقا لما ذكر من القرينة المقيدة وحينئذ فتصير الاقوال ثلثة وقد نقلها
العلامة كذلك وان كان القائل بها غير محرر والاقوى البطلان مع عدم الاجازة اذا تقرر ذلك
فعلى القول بالبطلان مطلقا الحكم واضح وعلى توقفه ان ابطلته فكذلك وان اجازته بطل النكاح ولم يضمن
العامل ما فاتها من المهر والنفقة لان فواته مستند الى اختيارها وعلى القول بالصحة يضمن ما فات
بسببه مع علمه بالزوجية لان التفويت جاء من قبله لكن ضمانه للمهر ظاهر اما النفقة فمشكل لانها
غير مقدرة بالنسبة الى الزمان ولا موثوق باجتماع شرائطها بل ليست حاصلة لان من جملتها التمكين
في الزمن المستقبل وهو غير واقع الآن الا ان يقال بانه يضمنها على التدريج وهو بعيد والظاهر
اختصاص ضمانه بالمهر على هذا القول وهو الذي ذكره جماعة اذا اشترى العامل اباه فان ظهر فيه
ربح انعتق نصيبه من الربح ويسعى المعتق في باقي قيمته موسرا كان العامل او معسرا اذا اشترى العامل
بمال القراض من ينعتق عليه كابيه وخصه المصنف لانه مورد الرواية فلا يخلو اما ان يكون فيه ربح حين
الشراء اولا فان لم يكن فاما ان يتجدد بعد ذلك فيه ربح لارتفاع السوق ونحوه اولا فان لم يكن فيه
ربح سابقا ولا لاحقا فالبيع صحيح اذ لا ضرر فيه على احدهما ولا عتق وان كان فيه ربح من حين الشراء
فلا يخلو اما ان نقول بان العامل يملك حصته من الربح من حين ظهوره او يتوقف على امر اخر بعده فان
قلنا باحد الامور لم يعتق ايضا فلا مانع من شرائه وان قلنا بالاول ففيه اوجه اختار المصنف اصحها وهو

صحة البيع

صحة البيع وانعتاق نصيب العامل ولا يسري الى نصيب المالك بل يستسعى العبد في باقي قيمته للمالك وان كان العامل
موسرا اما صحة البيع فلوجود المقتضي وهو صدوره من جائز التصرف على وجهه وانتفاء المانع اذ ليس الا حصول الضرر على المالك
وهو منتف هنا لان العتق انما هو على العامل دون المالك واما عتق نصيب العامل فلاختياره السبب المفضي اليه كما لو اشتراه
بماله واما عدم سريان العتق على العامل مع يساره فلصحيحة محمد بن ابي عمير عن محمد بن قيس عن ابي عبد الله عليه السلم
في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحدا اعتق
واستسعى في مال الرجل اطلق الحكم بالاستسعاء من غير سؤال عن حال العامل هل هو موسر ام معسر وترك الاستفصال
في مثل ذلك دليل العموم وليس السؤال عن رجل معين ليحتمل كونه ملائما لعلمه عليه السلم بحاله بل عن مطلق يحتمل الامرين ولان
التقويم عليه على خلاف الاصل اذ هو شغل لذمة بريئة فيقتصر فيه على موضع الوفاق والوجه الثاني الحكم بحاله
الا انه يقوم على العامل مع يساره لاختياره السبب وهو موجب السراية لان اختيار السبب اختيار للمسبب
كما سياتي ان شاء الله تعالى وحملت الرواية على اعتبار العامل جمعا بين الادلة وعلى تجدد الربح بعد الشراء كما سياتي والثالث
بطلان البيع لانه مناف لمقصود القراض اذ الغرض هو السعي للتجارة التي تقبل التقلب للاسترباح وهذا الشراء
يعقب العتق له مناف ذلك فيكون مخالفا للتجارة فيكون باطلا لعدم الاذن فيه او موقوفا على الاجازة والوسط
لا يخلو من قوة لولا اطلاق الرواية وان لم يكن فيه ربح حال الشراء ثم ظهر بارتفاع السوق بني على الاقوال كما مر فان قلنا يملكه
بالظهور عتق نصيب العامل ايضا قطعا لحصول المقتضي لكن هل يسري عليه لو قلنا به في السابق وجهان احدهما الجاري به
لاختياره السبب وهو الشراء اذ لولاه لم يملك شيئا بارتفاع السوق وهو اختيار للمسبب وفيه نظر لان الشراء ليس هو مجموع
السبب بل جزؤه والسبب القريب انما هو ارتفاع السوق ولا دخل لاختياره فيه فلا يكون مختارا للسبب لان غيره غير مقدور
ولكن اطلاق الرواية السابقة متناوله فانه يشمل ما لو كان الربح موجودا حال الشراء ومتجددا بعده وترك الاستفصال
ايضا يعم كما مر والوجه الثاني عدم السراية لعدم اختياره السبب كما قد علم من مطاوي السابق والاول
اقوى لولا معارضة اطلاق الرواية وهذا هو السر في اطلاق المصنف الحكم بالعتق من غير نظر الى تجدد الربح ووجوده
وعدم السراية على العامل مطلقا تقييدا لاطلاق النص وان كان منافيا لما سلف من القواعد في بابه اذا فسخ
المالك صح وكان للعامل اجرة المثل الى ذلك الوقت ولو كان بالمال عروض قيل كان له ان يبيع والوجه المنع
الى قوله والوجه انه لا يجب اذا انفسخ عقد القراض فلا يخلو اما ان يكون فسخه من المالك او من العامل او منهما
او من غيرهما كالعروض ما يقتضي الانفساخ من موت وجنون ونحوهما وعلى كل تقدير فاما ان يكون المال ناضا كله او قدر
راس المال او يجمعه عروض او بعضه دون ذلك وعلى التقادير الستة عشر اما ان يكون قد ظهر ربح ولو بالتقويم كوجود من

شترى بزيادة على القيمة اولا فهذه اقسام المسئلة وهى اثنتان وثلثون واكثر حكمها محتمل يحتاج الى التحصيل
والمص ذكر حكم ما لو كان الفسخ من المالك مع بعض اقسامه كما ترى وجملة احكامها ان المال ان كان ناضا ولا ربح
اخذه المالك ولا شئ للعامل الا ان يكون الفسخ من قبله فعليه اجرة العامل لمثل ما عمل على ما يقتضيه المص لان عمله
محترم صدر باذن المالك لا على وجه التبرع بل فى مقابلة الحصة وقد فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح فيستحق
اجرة المثل الى حين الفسخ ويشكل بانه لم يقدم الا على الحصة على تقدير وجودها ولم يوجد فلا شئ له والمالك مسلط
على الفسخ حيث شاء ويمكن دفعه بانه انما جعل له الحصة خاصة على تقدير استمراره الى ان يحصل وهو يقتضى عدم عزله قبل
حصولها فاذا خالف فقد فوتها عليه فيجب عليه اجرته كما اذا فسخ الجاعل بعد الشروع فى العمل وفيه نظر لان رضاهما
بهذا العقد قدوم على مقتضاه ومنها جواز فسخه فى كل وقت والاجرة لا دليل عليها وهذا البحث آت فيما لو فسخ
المالك قبل الانضاض ايضا وان كان قد ظهر ربح والحال انه بعد الانضاض اخذ العامل حصته منه وان قل خاصة اتفاقا
وان كان الفسخ قبل الانضاض ولم يظهر ربح اخذه المالك ان شاء وهل للعامل ان يبيعه لو اراد من دون رضا المالك
قولان مبناهما كونه ملك المالك فلا يجبر على بيعه والفرض عدم تعلق حق العامل به حيث لا ربح ومن تعلق حق العامل به واحتمال
وجود زبون يزيد فى الثمن فيحصل الربح وضعف الاخير ظاهر نعم لو كان الزبون المذكور موجودا بالفعل
توجه الجواز لانه فى قوة ظهور الربح ولو انعكس الحال بان طلب المالك منه انضاض المال ولا ربح فيه ففى اجبار العامل
عليه قولان من ظاهر قوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدى وقد اخذه نقدا فيجب رده اليه ولحدوث
التغير فى المال بفعله فيجب رده ومن حدوث التغير باذن المالك واصالة البراءة من عمل لا عوض عليه بعد ارتفاع
العقد ولعله اقوى وان كان قد ظهر ربح والحال انه قبل الانضاض وقلنا يملكه بالظهور فان اتفقا على اخذ حقه منه
من غير انضاض فلا بحث والا فان طلب المالك انضاضه وجب على العامل اجابته لان استحقاقه الربح وان كان ثابتا
بظهوره الا ان استقراره مشروط بالانضاض لاحتمال عروض ما يقتضى سقوطه وان طلب العامل البيع خاصة ففى وجوب
اجابة المالك له وجهان احدهما امكان وصول العامل الى حقه بقسمة العروض واسقاط باقى العمل عنه
بعفيف من المالك لانه حقه فلا يكلف الاجابة الى بيع ماله بعد فسخ المعاملة وان حال العامل لا يزيد على حال الشريك
ومعلوم انه لا يكلف شريكه اجابته الى البيع ومن وجوب تمكين العامل من الوصول الى غرضه الحاصل بالاذن
وربما لم يوجد راغب فى شراء بعض العروض او وجد لكن بنقصان او رجا وجود زبون يشترى بازيد فيزيد الربح
ولا ريب ان للعامل مزية على الشريك من حيث ان حقه يظهر بالعمل والربح عرضه ولو قلنا يتوقف ملكه على الانضاض
او عدم وجوب اجابته ابعد وموضع الاشكال ما اذا طلب العامل البيع فى الحال اما لو طلب تاخيره الى وقت
متاخر كموسم متوقع فليس له ذلك قطعا للضرر ولو كان الفسخ فى هذه الصور من العامل فالحكم كذلك الا ان استحقاقه
الاجرة لو كان ناضا لا ربح فيه ابعد وكذا وجوب اجابة المالك له الى بيعه فى الحالين لان المانع من قبله
وفى التذكرة اطلق الحكم بثبوت الاجرة له لو فسخا العقد او احدهما وكان ناضا ولا ربح ولو كان بعضه ناضا

فان كان

فان كان قدر راس المال اتجه عدم اجبار العامل على انضاض الباقى لرجوع المال الى المالك كما كان واولى منه لو كان ازيد ولو كان اقل
اتجه جواز اجباره على انضاض قدره لو قلنا باجباره على الانضاض فيما سبق وفى اكثر هذه الفروع اشكال من عدم نص على المعين
وتعارض الوجوه الدالة على الحكم وحملها على ما يرى   وان كان سلفا كان عليه جبايته   قد عرفت ان العامل ليس له
البيع بالدين الا مع الاذن وكذا الشراء نسيه كما سلف مع عدم اذن المالك فيه يكون الثمن مضمونا على العامل ولا كلام فيه
هنا وانما الكلام فيما اذا اذن فيه وقد اطلق المص وجماعة وجوب جبايته على العامل وكذا غيره من الديون لما فيه لاقتضاء
المضاربة رد راس المال على صفته والديون لا تجرى مجرى المال ولان الدين ملك ناقص والذى اخذه كان ملكا تاما
فليؤد كما اخذ لظاهر على اليد ما اخذت حتى تؤدى وربما احتمل عدم الوجوب لمنع كون المضاربة كما ذكر والحال
ان الادانة باذن المالك ولاصالة براءة الذمة من وجوبه ويضعف بان اذن المالك فيه انما كانت على طريق
الاستيفاء لا مطلقة مع ما تقدم من القرائن ولاقتضاء الخبر ذلك ولو قلنا فيما سبق بجواز اجباره على بيع العروض
فهنا اولى   وكذا لو مات رب المال وهو عروض كان له البيع الا ان يمنعه الوارث وفيه قول آخر   الحكم
هنا مبنى على ما سلف من الفسخ فان الموت من جملة اسبابه فوجوب اجابة كل واحد من العامل والوارث لو طلب الاخر
فيه ما سلف من التفصيل والقول الآخر هنا انه ليس للعامل البيع وان لم يمنعه من الوارث لان المال حق لغيره واذن فيه
اولا فلا يجوز التصرف فيه الا باذنه لبطلان العقد وهو متوجه   اذا قارض العامل غيره فان كان باذنه
وشرط الربح بين العامل الثانى والمالك صح ولو شرط لنفسه لم يصح لانه لا عمل له   اذن العامل للمالك فى المضاربة
قد يكون بمعنى جعل العامل هو الثانى والعامل الاول اذا اراد ذلك بمنزلة وكيل المالك وقد يكون بمعنى ادخال من يساعده
وجعلهما عاملين وقد يكون بالاعم منهما ومراد المص هنا الاول ومن ثم لم يصح ان يجعل له شيئا من الربح لانه
ليس بعامل وقد تقدم ان مقتضى عقد القراض كون الربح بين المالك والعامل ولا فرق فى هذه الصورة بين جعل الحصة
للعامل الثانى بقدر حصة الاولى ودونها لان القصد هنا وان كان رضى العامل الاول فليس بعمل من
اعمال التجارة التى يستحق به حصة ولو كانت الاذن بالمعنى الثانى او بالاعم وجعل الثانى شريكا له فى العمل
والحصة بينهما صح لانتفاء المانع فى الاول وهو عدم العمل   ولو كان بغير اذنه لم يصح القراض الثانى
فان ربح كان نصف الربح للمالك والنصف الاخر للعامل الاول وعليه اجرة الثانى وقيل للمالك ايضا
وقيل بين العاملين ويرجع الثانى على الاول بنصف الاجرة والاول حسن   اذا عامل العامل بغير اذن المالك
وسلمه المال فلا يخلو اما ان يبقى المال فى يد الثانى موجودا او يتلف وعلى التقديرين اما ان يظهر ربح اولا ثم
اما ان يكون الثانى عالما بان الاول غير مالك للمال ولا مأذون له فى ذلك اولا ثم اما ان يجيز المالك العقد الثانى
او يرده فان لم يجزه بطل ورجع فى ماله ان وجده باقيا ولا ربح فيه وان وجده تالفا تخير فى الرجوع

على ايهما شاء لتعاقب ايديهما على ماله فان رجع على الاول رجع على الثاني مع علمه لاستقرار التلف في يده لا مع جهله
على الاقوى لغروره ودخوله على انه امانة وان رجع على الثاني لم يرجع على الاول مع علمه ويرجع مع جهله على الاقوى
وان وجده باقيا وقد ربح فنصف الربح للمالك بغير اشكال واما النصف الاخر ففيه اقوال احدها ما اختاره
المصنف من انه للعامل الاول لوقوع العقد الصحيح معه فيستحق ما شرط وعقده مع الثاني فاسد فلا يتبع
شرطه وعلى هذا فللثاني اجرة مثل عمله على الاول لانه غره وهذا انما يتم مع جهل الثاني لا مع علمه وفيه
مع ذلك ان الشراء ان كان بعين المال والحال انه غير ماذون من المالك فهو فضولي يتوقف على اجازته
فان اجاز فالجميع له لان العامل الاول لم يعمل شيئا والثاني غير ماذون وان كان في الذمة ونوى او صرح
بالمالك فكذلك والا وقع لمن نواه او لنفسه ان اطلق فلا يتم ما اطلق في هذا القول وثانيها ان النصف
الاخر للمالك ايضا لان العامل الاول لم يعمل شيئا والثاني عقده فاسد ولا يرد عليه ما ذكرناه وعلى هذا
فاجرة الثاني على الاول مع جهله لا على المالك لعدم امره به وثالثها ان النصف بين العاملين بالسوية اتباعا
للشرط خرج منه النصف الذي اخذه المالك فكانه تالف وانحصر الربح في الباقي وعلى هذا يرجع العامل
الثاني على الاول بنصف اجرته لانه دخل على نصف الربح بتمامه ولم يسلم له الا نصفه ويحتمل هنا عدم
الرجوع لان الشرط محمول على اشتراكهما فيما يحصل ولم يحصل الا النصف وهذا كله مع جهل الثاني ليتم
التوجيه وهذه الاقوال ليست لاصحابنا ولا نقلها عنهم احد ممن نقل الخلاف وان كان ظاهر
العبارة يقتضي ذلك وانما هي وجوه للشافعية موجهة ذكرها المص والعلامة في كتبه ونقل الشيخ
في المبسوط وربما منها بطريقة اخرى غير منقحة ولهم وجه رابع ان جميع النصف للعامل الثاني عملا
بالشرط ولا شيء للاول اذ لا ملك له ولا عمل والتحقيق في هذه المسئلة المرتب على اصولنا ان المالك اذا اجاز
العقد فالربح بينه وبين الثاني على الشرط وان لم يجز بطل ثم الشراء ان كان بالعين وقف على اجازة
المالك فان اجازه فالملك له خاصة ولا شيء لهما في الربح اما الاول فلعدم العمل واما الثاني فلعدم الاذن له
وعدم وقوع العقد معه وللثاني اجرة مثل عمله على الاول مع جهله لا مع علمه وان كان الشراء في الذمة ونوى
صاحب المال فكذلك وان نوى عامله وقع الشراء له لانه وكيله وان لم ينو شيئا او نوى نفسه فالعقد له

فضمان المال

وضمان المال عليه لتعديه بمخالفة مقتضى المضاربة وحيث لا يتبع العقد العامل الثاني فله الاجرة على الاول مع جهله
ان لم يتعد مقتضى المضاربة عمدا اذا قال دفعت اليه مالا قراضا فانكر فاقام المدعي بينة فادعى العامل التلف
قضي عليه بالضمان وكذا لو ادعي عليه وديعة او غيرها من الامانات لان دعواه التلف مكذبة لانكاره الاول
وموجبة للاقرار به وانكاره الاول يعد في المال فيكون ضامنا قضي عليه بالضمان معناه الحكم
عليه بالبدل مثلا او قيمة لا الضمان بمعنى الاصل لئلا يلزم تخليده الحبس وهذه العبارة اجود من قول العلامة
لم يقبل دعواه لاستلزام عدم القبول حبسه الى ان يدفع العين وقد يكون تالفه الا ان يتكلف نحو ما تقدم من حبسه
مدة يظهر فيها الياس من وجود العين ولا فرق في هذا الحكم بين مال المضاربة وغيره من الامانات كما ذكر لوجود المقتضي
في الجميع اما لو كان جوابه لا يستحق عندي شيئا وما اشبهه لم يضر اذ ليس في ذلك تكذيب للبينة ولا للدعوى
الثانية فان المال اذا تلف بغير تفريط لا يستحق عليه بسببه شيئا ويتجه قبول قوله في التلف بغير تفريط مع يمينه
اذا تلف مال القراض او بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح وكذا لو تلف قبل ذلك
وفي هذا تردد ظاهر العبارة ان جميع مال القراض تلف ويتجه جبره بالربح بعد الدوران يمكن اما قبله فانه يوجب
بطلان العقد فلا يمكن جبره الا ان يحمل على ما لو اذن له في الشراء في الذمة فاشترى ثم تلف المال ونقد عنه الثمن
فان القراض يستمر ويمكن جبره حينئذ بالربح المتجدد ولو كان التالف بعض المال فالحكم فيه على القولين ووجه
التردد فيما لو كان تلفه قبل الدوران من ان وضع المضاربة على ان الربح وقاية لراس المال فلا يستحق العامل
ربحا الا بعد ان يبقى راس المال بكماله لدخوله على ذلك ومن عدم دورانه لا دخل له في الحكم بخلافه ومن ان
التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض والاقوى عدم الفرق لان المقتضي لكونه
مال قراض هو العقد لا دورانه في التجارة فمتى حصل بقاء العقد وثبوت الربح جبر ما تلف مطلقا والمراد
بدوران المال في التجارة التصرف فيه بالبيع والشراء لا مجرد السفر به ونحو ذلك واطلاق المص الجبر بتلفه
بعد الدوران يشمل ما لو تلف بآفة سماوية وبغصب غاصب وسرقة سارق وغير ذلك ووجه
الاطلاق ان الربح وقاية لراس المال فما دام المال لا يكون موجودا بكماله فلا ربح وربما قيل باختصاص الحكم
بما لا يتعلق فيه الضمان من جهة المتلف لانه حينئذ بمنزلة الموجود فلا حاجة الى الجبر ولانه نقصان لا يتعلق بتصرف
العامل وتجارته بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ونحوه والمشهور عدم الفرق ولا يخفى ان الكلام

مع عدم حصول العوض من المتلف والا كان العوض من جملة المال وقد ظهر من ذلك ان الخلاف وقع بعد الدوران وقبله الا انه ليس
مطلقا بل على بعض الوجوه   اذا قارض اثنان واحدا وشرطا له النصف منهما وتفاضلا في النصف الآخر مع التساوي في المال
كان فاسدا لفساد الشرط وفيه تردد   وجه الفساد ان الربح يجب ان يكون تابعا للمال فاذا شرطا له النصف
كان النصف الآخر بينهما بالسوية فشرط التفاوت فيه يكون شرطا لاستحقاق ربح بغير عمل ولا مال   ووجه التردد
ما ذكر ومن انه يرجع ذلك الى ان اخذ الفاضل يكون من حصة العامل لا من حصة الشريك لان الاصل لما اقتضى التساوي
في الربح للشريك مع التساوي في المال كان شرط التفاوت المذكور منصرفا الى حصة العامل بمعنى ان شارط الزيادة
يكون قد جعل للعامل اقل مما جعل له الآخر بسببه وهو جائز هذا مع اطلاقهما شرط النصف له من غير تعيين لما يستحق
على كل واحد فانه كما يحتمل الصحة حملا على ما ذكرناه يحتمل البطلان فيرجح جانب الصحة لامكان الحمل ولعموم اوفوا بالعقود
وهذا هو الاقوى اما لو صرحا باستحقاقه من نصيب كل منهما بخصوصه نصفه فانه يجيء في صحة العقد
والشرط ما سبق في الشركة من اشتراط التفاوت في الربح مع تساوي المالين وبالعكس وحيث قيدنا الصحة بعمل طالب
الزيادة بطل هنا الا عملهما   اذا اشترى عبدا للقراض فتلف الثمن قبل القبض لزم صاحب المال ثمنه دائما ويكون
الجميع راس ماله وهذا ان كان اذن له في الشراء في الذمة فكذلك والا كان باطلا ولا يلزم الثمن احدهما   القول الاول
للشيخ في المبسوط والثاني لابن ادريس وان غايره في شيء يسير والاولى هنا ما اسلفناه سابقا من التفصيل وهو انه ان
كان العامل اشتراه في الذمة والمالك اذن له في الشراء في الذمة لزمه دفع الثمن ثانيا وثالثا دائما والا فان صرح بكون الشراء له
وقف على اجازته فان اجاز لزمه الثمن والا بطل البيع وان لم يذكره لفظا وقع الشراء للعامل والثمن عليه وسيأتي فيما لو نواه مالكه
وان كان اشتراه بعين المال فهلك قبل دفعه بطل العقد وحيث يلزم المالك الثمن ثانيا يكون الجميع راس ماله بحسب جمعه بالربح
اذا نض قدر الربح فطلب احدهما القسمة فان اتفقا صح وان امتنع المالك لم يجبر فان اقتسما وبقي راس المال معه فخسر
رد العامل اقل الامرين واحتسب المالك   قد عرفت ان ملك العامل للربح قبل القسمة غير مستقر لجواز تجدد تلف وخسران
وهو وقاية للمال فمن ثم لا يجبر المالك على قسمته فان اتفقا على القسمة لم يملكها العامل ملكا مستقرا ايضا بل مراعى بعدم الحاجة
اليها لجبر الخسران وما في معناه وح فان اتفق الخسران بعد القسمة رد العامل اقل الامرين مما وصل اليه من الربح ومما يصيبه
من الخسران لان الاقل ان كان هو الخسران فلا يلزمه سوى جبر المال والفاضل له وان كان هو الربح فلا يلزمه الجبر الا به وكذا
يحتسب المالك اي يحسب رجوع اقل الامرين اليه من راس المال فيكون راس المال ما اخذه هو والعامل وما بقي الى ان يجتمع لهما هذا
هو الظاهر من عبارة المص وغيره والمناسب لوجه الحكم وللشهيد رحمهما الله على هذا اعتراض من عبارات العلامة توجيه آخر وهو ان يكون
المردود

المردود اقل الامرين مما اخذ العامل من راس المال لا من الربح فلو كان راس المال مائة والربح عشرين فاقتسما العشرين فالعشرون .
التي هي ربح مشاعة في الجميع نسبتها الى راس المال نسبة السدس فالعشرون الماخوذة سدس الجميع فيكون خمسة اسداسها
من راس المال وسدسها من الربح فاذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح وهو نصف سدس العشرين وذلك درهم •
وثلثان يبقى معه ثمانية وثلث من راس المال فاذا خسر المال ما في رد اقل الامرين مما خسر ومن ثمانية وثلث هذا
خلاصة تقريره والحامل لهم عليه حكمهم بان المالك اذا اخذ من المال شيئا وقد ظهر ربح بحسب ما اخذه منهما على هذه النسبة وسياتي
في الكتاب اشارة اليه وهذا الوجه ضعيف والحمل على ما ذكرناه سر لان الماخوذ وان كان مشاعا الا ان المالك
والعامل انما ارادا به الربح وحيث كان المال منحصرا فيهما فالتمييز منوط بهما ولو كان يدخل في ذلك من راس المال شيء
لم يصح للعامل التصرف فيه لان المالك لم ياذن الا في التصرف في الربح ولم يقع القسمة والاتفاق الا عليه وايضا
فلا وجه لاستقرار ملك العامل على ما بيده من الربح مع اتفاقهم على كونه وقاية وان اقتسماه صح ايضا موقوف
رد العامل راس المال على ظهور الخسران لا وجه له لانه لا يملك شيئا من راس المال وانما حقه في الربح واما حمله على اخذ
المالك فليس بجيد لان المالك لا ياخذ على وجه القسمة وانما ياخذ ما يعده ملكه فلما كان فيه ربح وهو شايع دخل فيه جزء
من الربح على نسبة الماخوذ فيحسب راس المال بعد ذلك على حساب ما يبقى بعد توزيع الماخوذ على الاصل والربح وان هذا
من اخذ العامل الذي لا يستحق الا في الربح ولا يقاسم المالك الا عليه خاصة   لا يصح ان يشتري رب المال من
العامل شيئا من مال القراض ولا ان ياخذ منه بالشفعة   لان مال العامل ماله ولا يعقل ان يشتري الا ما نسا ماله
وهذا انما يتم مع عدم ظهور الربح اما معه وقلنا يملكه بالحصة جاز شراء حق العامل وان كان غير لازم ولا ظهرت
الحاجة اليه احتمل صحة البيع ولكن يلزم العامل رد قيمة ما اخذ كما لو كان قد باعها الغير المالك او تلفها ويحتمل
بطلان البيع لان الملك غير تام بل مراعى بعدم الحاجة الى الجبر به وقد ظهر ومثله القول في الاخذ بالشفعة
لانه مع عدم ظهور الربح لا يعقل اخذ ماله بالشفعة ومعه يصير شريكا فيمكن اخذه على الوجه المذكور وليس في كلامهم
تنقيح للمحل   وكذا لا يشتري من عبده القن   الكلام فيه كما تقدم فان ما بيده للسيد ولا فرق بين
الماذون له في التجارة وغيره نعم حكى الشيخ رحمه الله قولا بان الماذون اذا ركبته الديون جاز للسيد الشراء منه
وهو قول لبعض الشافعية لانه لا حق للسيد فيه وانما هو حق الغرما وفساده ظاهر لان استحقاق الغرماء ما في يده لا يقتضي
خروجه عن ملك السيد كتعلق حق الغرما بمال المفلس نعم للسيد اخذ ذلك بقيمته لانه احق بماله مع بذل العوض الا ان

ذلك لو تعذر بيعها كما اخذ العبد الجانى خطأ و بذل قيمته وذكر هذه المسئلة فى هذا الباب استطرادى وكذا ما بعدها
وله الشراء من المكاتب لان ما فى يده ملكه و سلطنة المولى قد انقطعت عنه فساوى غيره من الملاك ولهذا لو اعتق لم يكن للمولى مما
فى يده شىء ولا فرق فى ذلك بين المطلق والمشروط وان كان الحكم فى المشروط اضعف من حيث امكان رده فى الرق اجمع فيرجع
ما فى يده الى ملك السيد وليس كذلك المطلق لان ما فى يده يحسب من مال الكتابة لو احتيج اليه اذا دفع مالا قراضا
وشرط ان ياخذ له بضاعة قيل لا يصح لان العامل فى القراض لا يعمل ما لا يستحق عليه اجرا وقيل يصح القراض ويبطل
الشرط ولو قيل يصحهما كان حسنا القولان الاولان للشيخ فى المبسوط واحتج على الاول بما اشار اليه المصنف
من ان وضع القراض على ان يكون للعامل فى مقابلة عمله جزء من الربح وهذا العمل ليس فى مقابلة شىء فيفسد الشرط ويفسد
العقد لان فساد العامل يكون مجهولا لاقتضاء الشرط قسطا من الربح و قد بطل فيبطل ما يقابله فيجهل الحصة و وجه
الثانى ان البضاعة لا يلزم القيام بها فلا يفسد اشتراطها بل يكون لاغية لما فاتها العقد ويصح العقد والاقوى
ما اختاره المص من ان الحكم بصحتهما لعموم الامر بالوفاء بالعقود وقوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم
ويمنع من منافاة هذا الشرط لمقتضى العقد فان مقتضاه ان يكون عمله فى مال القراض بجزء من الربح اما غيره فلا فاذا شرط له
دليل يجب لزوم القول بجوازه ولكن ينبغى فى المسئلة بحث وهو ان البضاعة لا يجب القيام بها لان مبناها على ذلك والقراض
من العقود الجايزة لا يلزم الوفاء به وقد صرح فى التحرير بمعنى اخر به تسلط المالك على فسخ العقد وان كان ذلك له
بدون الشرط اذ لا يمكن هنا سوى ذلك فان فسخ قبل ظهور الربح فللعامل عليه الاجرة كما مر وان فسخ بعد ظهوره ففى
كون جميع الربح للمالك نظر من انه لم يبذله للعامل الا بالشرط وقد فات ومن ملك العامل له قبل الفسخ والاصل بقاؤه
والمالك قد قدم على ذلك حيث اقتصر على شرط ذلك فى عقد لا يلزم الوفاء فيه بالشرط وربما قيل هنا بان للمالك
الربح كله وعليه الاجرة لما ذكرناه ولا يخلو من اشكال اذا كان مال القراض مائة فخسر عشرة واخذ المالك عشرة ثم
عمل بها الساعى فربح كان راس المال تسعة وثمانين الا تسعا لان الماخوذ محسوب من راس المال فهو كالموجود لما كان
الربح انما يجبر خسران راس المال الذى ربح لا مطلق الخسران فاذا اخذ المالك بعد الخسران شيئا كان من جملة راس المال
فلا بد ان يحصه من الخسران شىء فيسقط من اصل الخسران شىء ويجبر الربح الباقى فاذا فرض ان المال كان مائة فخسر عشرة واخذ
المالك بعد الخسران عشرة ثم ربح المال الباقى فهذا الربح لا يجبر مجموع ذلك الخسران لان الذى اخذه المالك من جملة المال
الخاسر وقد بطل القراض فيه باخذه فلا بد من اسقاط ما يخصه من الخسران ثم يجبر الباقى منه بالربح الجديد وبالجملة فانما
يجبر الربح

فانما يجبر الربح خسران المال الذى ربح وطريق معرفة ما يخص الماخوذ من الخسران ان يسقط الخسران وهو عشرة على المال وهو
تسعون فيصيب كل واحد تسع فيصيب العشرة الماخوذة دينار وتسع فيوضع ذلك اعنى الدينار والتسع الذى اصاب
العشرة من الخسران مما بقى من اصل راس المال بعد العشرة وهو تسعون لانه لما استرد العشرة فكانه استرد نصيبها من
الخسران والضابط ان تنسب الماخوذ الى الباقى وتاخذ للماخوذ من الخسران مثل تلك النسبة لا يجوز للمضارب
ان يشترى جارية يطاها وان اذن له المالك وقيل يجوز مع الاذن اما لو احلها بعد شرائها صح لا اشكال
فى تحريم وطيه بدون الاذن لانها مال الغير فلو فعل كان زانيا يحد مع عدم الشبهة كاملا ان لم يكن ظهر ربح والا
فبقدر نصيب المالك واما اذا اذن له فى شراء جارية ووطيها فالحق انه كذلك لان الاذن قبل الشراء لا اثر له
لان التحليل اما بملك او عقد وكلاهما لا يصلحان قبل الشراء فلا يساوله الحصر فى قوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت
ايمانهم والقول بالجواز للشيخ فى النهاية استنادا الى رواية ضعيفة السند مضطربة المفهوم قاصرة الدلالة واما اذا
اذن له بعد الشراء على وجهه فلا ريب فى جوازه ان لم يكن ظهر ربح والا بنى على تحليل احد الشريكين لصاحبه والاقوى المنع
اذا مات وفى يده اموال مضاربة فان علم مال احدهم بعينه كان احق به وان جهل كانوا فيه سواء ضمير فيه
يعود الى المال المجتمع من اموال المضاربة ومعنى استوائهم فى ذلك المال انه يقسم بينهم على نسبة اموالهم لان القسمة
بينهم بالسوية كما فى اقتسام غيرهم من الشركاء هذا اذا كانت اموالهم مجتمعة فى يده على حدة واما اذا كان
ممتزجة مع جملة ماله مع العلم بكونه موجودا فالغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريكان وسعت التركة جميع
اموالهم اخذوها وان قصرت تحاصوا وان جهل كونه مضاربة قضى به ميراثا المراد ان العامل كان بيده
مضاربة فى الجملة ولكن لم يعلم بقاؤها ولا تلفها وبواسطة ذلك جهل كون المال الذى بيده مضاربة اذ كما يمكن
ان يكون من مال المضاربة يمكن كونه ماله فيحكم بكونه ميراثا عملا بظاهر اليد ولكن مع ذلك هل يحكم بضمانه للمضاربة
من حيث اصالة بقائه الى ان يعلم تلفه بغير تفريط ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى ام لا لاصالة
براءة الذمة وكونه امانة غير مضمون واصالة بقائه لا يقتضى ثبوته فى ذمته مع كونه امانة وجهان
ويتخرج على الاول ان اصالة بقائه يقتضى كون مالكه كالشريك فى مال العامل حيث يشتبه ماله فيقدم
على غيره من الغرماء مع احتمال كونه اسوتهم لان العامل يصير ضامنا بتركه تعيينه والوصية به فاذا لم يوصل العين كان بمنزلة

ا

التلف والاقوى ما اختاره المص من عدم ثبوت شيء للمالك حيث لا يعلم بقاء تقييدنا في يده الى حين موته لاصالة البراءة
واستحقاق شيء من التركة موقوف على وجود سببه ومجرد المضاربة لا يصلح السببية لان ثبوته في الذمة موقوف على
ثبوت التقصير وفي عين التركة موقوف على العلم بكونه من جملتها والاصل عدمها نعم لو علم وجوده فيها ما عرفوا العامل
في وقت لا يمكن تجدد تلفه فيها عادة او بشهادة عدلين فصاحبه كالشريك او علم تلفه بتقصير او بقاؤه الى بعد الموت
مع تقصير العامل في ترك الوصية به فصاحبه اسوة الغرماء وقد مضى مثل هذا البحث في الرهن كتاب

المزارعة والمساقاة

اما المزارعة فهي معاملة على الارض بحصة من حاصلها المزارعة لغة مفاعلة من
الزرع وهو يقتضي وقوعه منهما معا كما يقتضيه باب المفاعلة لكنها في الشرع صارت معاملة على الارض بحصة
من حاصلها ويمكن اثبات المفاعلة فيها ايضا كما تقدم مثله في المضاربة لان احد المتعاملين زارع والآخر آمر به
فكانه لذلك فاعل نظرا الى السببية والمعاملة في التعريف بمنزلة الجنس يشمل اجارة الارض والمساقاة ولكن الاجارة
خرجت بالعقد الآخر لانها لا تصح بحصة من النماء بل باجرة معلومة والمساقاة بقيد الارض لانها معاملة على الاصول
بحصة منها وان كانت الارض من توابعها وقد يعبر عن المزارعة بالمخابرة اما من الخبير وهو الاكار او من الخبارة وهي
الارض الرخوة او ماخوذة من معاملة النبي صلى الله عليه وآله لاهل خيبر والمزارعة عقد مشروع عندنا اجماعا وعند
اكثر علماء الاسلام ومنع منه الشافعي وابو حنيفة وبعض العامة الا في مواضع مخصوصة وعبارتها
ان تقول زارعتك او ازرع هذه الارض او سلمتها اليك وما جرى مجراه معلومة بحصة معينة من حاصلها
المزارعة من العقود اللازمة فلا بد فيها من الايجاب والقبول الدالين على الرضا بتسليم الارض وتسلمها للزراعة
بالحصة المخصوصة وكونها بالعربية ولا ريب في الاجتزاء بزارعتك وسلمتها اليك وقبلتك وعاملتك ونحوها
من صيغ الماضي الدالة على الانشاء صريحا واما قوله ازرع هذه الارض بصيغة الامر فانه مثل ذلك لا يجوزونه في نظائره من
العقود ولكن المص وجماعة اجازوه هنا استنادا الى رواية ابي الربيع الشامي والنضر بن سويد عن ابي عبد الله عليه السلم
وهما قاصرتان عن الدلالة على ذلك فالاقتصار على لفظ الماضي اقوى الحاقا بغيره وفي عبارة المص تجوز لانه قال وعبارتها
كذا ولم يذكر القبول مع انه احد ركني العبارة عنها فلا بد من ذكره ولعله اشار بما ذكر الى الاكتفاء بالقبول الفعلي
كما اختاره العلامة في القواعد بحصر العبارة في الايجاب والاقوى اعتبار القبول اللفظي كغيرها من العقود اللازمة

واعلم انه

واعلم انه قد استفيد من حقيقة المزارعة ومن صيغتها ان المعقود عليه هو الارض المملوكة المنتفع بها كما سيجيء من شرائطها
ويبقى من لوازمها البذر والعمل والعوامل وهي بحسب ما يتفقان عليه في مقابلة الارض او بعضها مضافا اليه من صاحب الارض وبعضها
على العامل وصورها المتشعبة منها كلها جائزة وانه لا يشترط في المزارعة من المتعاملين اذا لم يكن الارض ملكا لاحدهما كما في الارض الخراجية
وان ننفي من لوازمها ما يمكن اشتراكهما فيه لما قد عرفت ان متعلقها والمعقود عليه منها هو الارض فلو استويا في المعاملة
في مثل ذلك في الارض الخراجية وطلبوا الصحة الاشتراك في البذر بحيث يمتزج على الوجه المقرر في باب الشركة ويجعلان
ما في الاعمال بينهما على نسبة المال ولو اتفقا على زيادة عمل من احدهما نوى به التبرع فلا رجوع له بالزائد ولو ارادا جعل الحاصل مختلفا
مع التساوي في البذر او بالعكس بني على ما تقرر في الشركة من جواز ذلك وقد عرفت ان المختار جواز الزيادة في الحصة للعامل او من
له زيادة في العمل فليحتط ذلك او غيره من الحيل الشرعية على تسويغ هذه المعاملة لانها متداولة في كثير من البلاد التي اراضيها غير
مملوكة فيحتاج فيها الى وجه مجوز ويمكن فرضه مأمورا بينهما ان يجعلا البذر بينهما على حسب ما يتفقان عليه والنفقة
على نسبة الملك فاذا زاد احدهما واتفقا على التبرع به جاز ولا رجوع به وقد تقدم ومنها ان يكون البذر بينهما كذلك
ويصالح من له العوامل للزارع على منفعة عوامله المعاملة بحصة الزارع بعمل الزارع المقابل لحصة الآخر مدة معلومة ومنها
ان يكري كل منهما الحصة من ذلك العمل بشيء معلوم يتفقان عليه بان يستاجر صاحب العوامل الزارع على عمل بنصفه مدة معلومة بالف
مثلا ويستاجر الزارع نصف العوامل والآلات مثلا بقدر ذلك او غيره مدة مضبوطة ولو كان البذر من احدهما خاصة فان
كان من صاحب العوامل استاجر منه نصف عمله بنصف عمل العوامل وبنصف البذر مثلا او صالحه كذلك وان كان البذر من
العامل استاجر نصف العوامل مثلا بنصف عمله ونصف البذر بشرط الضبط الرافع للجهالة في جميع ذلك والصلح يجري في الجميع
كذلك وهي عقد لازم لا ينفسخ الا بالتقايل لزوم هذا العقد امر متفق عليه ولان الاصل لزوم العقد
الا ما اخرجه الدليل للامر بالوفاء به ولقوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم والمراد من الحصر المستفاد من قوله
لا يبطل الا بالتقايل البطلان المستند الى اختيار المتعاقدين لان ذلك هو المفهوم عند اطلاق العقد اللازم والجائز
ويرشد اليه التقايل فانه امر اختياري ويشير اليه عطفه عدم بطلانه بالموت بجعله جملة مستقلة وانما احتجنا
الى هذا التكلف لان هذا العقد قد يبطل بغير التقايل كانقطاع وفساد منفعة الارض ونحو ذلك ولا يبطل
بموت احد المتعاقدين هذا امر مترتب على لزوم العقد ولاصالة الدوام ولا استصحابا ثم ان كان الميت

العامل تام وارثه مقامه في العمل والا استأجر الحاكم عليه من ماله او على ما يخرج من حصته وان كان الميت المالك بقيت
المعاملة بحالها وعلى العامل القيام بتمام العمل وربما استثني من الاول ما اذا شرط عليه المالك العمل بنفسه فانها تبطل بموته
ويشكل لو كان موته بعد خروج الثمرة لانه حينئذ قد ملك الحصة وان وجب عليه بقية العمل فخروجها عن ملكه بعد ذلك
بعيد نعم لو كان قبله اتجه   ان يكون النماء مشاعا بينهما تساويا فيه او تفاضلا فلو شرطه احدهما لم يصح
اي يكون مجموع النماء بينهما مشاعا فيخرج من ذلك ما لو شرط احدهما شيئا معينا والباقي للآخر او لهما وما لو شرطه احدهما
خاصة وغير ذلك والوجه في بطلان الجميع منافاته لوضع المزارعة   كان شرط احدهما الهرف
والآخر الافل او ما يزرع على الجداول والآخر على غيرها   الهرف ساكن الوسط المتقدم من الزرع والثمر يقال اهرفت
النخلة اي عجلت اتاها قاله الجوهري والافل بالتسكين ايضا خلاف الهرف وهو المتأخر عنه والجداول جمع
جدول وهو هنا النهر الصغير وقد يطلق على قطعة من الارض يجمع حولها التراب وكلاهما مشتركان في عدم جواز
اشتراطهما لان اللازم المجموع كما مر   ولو شرط احدهما قدرا من الحاصل وما زاد عليه بينهما لم يصح لجواز ان
لا يحصل الزيادة لا فرق في ذلك بين كون القدر المشروط هو البذر وغيره ولا بين كون الغالب على تلك الارض ان يخرج
منها ما يزيد على المشروط عادة وعدمه لاشتراك الجميع في منافاته وضع المزارعة وكون العقد على خلاف الاصل
حيث ان العوض فيه مجهول فيقتصر به على موضع النقل وخالف في بعض ذلك الشيخ في النهاية وجماعة
فجوزوا استثناء البذر من جملة الحاصل وفي المختلف جوز استثناء شيء منه مطلقا والمشهور الاول
اما لو شرط احدهما شيئا يضمنه من غير الحاصل مضافا الى الحصة فقيل يصح وقيل يبطل والاول اشبه
المشهور بين الاصحاب جواز هذا الشرط لعموم الامر بالوفاء بالعقد وخروجه عن النماء الذي اشاعته بينهما من مقتضى
العقد والقول بالمنع لا نعلم القائل به وعلى القول بالجواز يكون قراره مشروطا بالسلامة كاستثناء ارطال معلومة
من الثمرة في البيع ولو تلف البعض سقط منه بحسابه لانه كالشريك وان كانت حصته معينة مع احتمال ان
لا يسقط منه شيء بتلف البعض متى بقي قدر نصيبه عملا باطلاق الشرط   ويكره اجارة الارض للزراعة
بالحنطة والشعير مما يخرج منها والمنع اشبه   مستند المنع رواية الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السلام انه ساله
عن اجارة الارض بالطعام قال ان كان من طعامها فلا خير فيه ويمكن الاستدلال به على الكراهة لان نفي الخير

شربه

شربه وعلل مع ذلك بان خروج ذلك القدر منها غير معلوم وربما لا يخرج شيئا او يخرج بغير ذلك الوصف ومن
ثم لم يجز السلم في حنطة من قراح معين لذلك ويشكل فيما لو كانت الارض واسعة لا تخيس بذلك القدر عادة
فلا يتم اطلاق المنع واما مع الاطلاق او شرطه من غيرها فالمشهور جوازه على كراهة للاصل ومنع منه بعض الاصحاب
بشرط ان يكون من جنس ما يزرع فيها لصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال لا تستأجر الارض بالحنطة
ثم تزرعها حنطة والنهي للتحريم واجيب بحمله على اشتراطه مما يخرج منها لذلك لرواية الفضيل عليه او يحمل النهي
على الكراهة وفيه نظر لان النهي مطلق ولا منافاة بينه وبين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بينهما بحمله عليه
والمحقق ان المطلق والمقيد متى كانا منفيين لا يلزم الجمع بينهما بحمل المطلق على المقيد بخلاف المثبتين
وبملاحظة ذلك يخرج فساد كثير مما قرروه في مثل هذا الباب وقد مضى مثله في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه مع ورود
نص آخر بتحريم بيع المكيل والموزون كذلك حيث جمع الاكثر بينهما بحمل المطلق على المقيد وليس بشيء ويحقق في ذلك
في الاصول مع انه هنا يمكن حمل الخبر الاول على الاطلاق كالثاني بان يريد بكونه من طعامها اي من جنسه ويؤيده ظهور
الكراهة منه ولو كان من نفسه لكان اللازم التصريح بالمنع فان عدم الخير لا يبلغ المنع فان المباح او المكروه لا
يوصف بالخير ولا بضده وبينه وبين الشر واسطة   واما النهي فالاصل فيه التحريم فحمله على الكراهة بغير دليل آخر غير
حسن وقول ابن البراج بالمنع مطلقا لا يخلو من قوة نظرا الى الرواية الصحيحة الا ان المشهور خلاف قوله
وان يؤجرها باكثر مما استأجرها به الا ان يحدث فيها حدثا او يؤجرها بجنس غيره   اختلف الاصحاب
في جواز اجارة الارض وغيرها من الاعيان المستأجرة باكثر مما استأجرها به اذا لم يحدث فيها حدثا فمنع منه جماعة
من الاصحاب استنادا الى اخبار دلت باطلاقها على ذلك وذهب آخرون ومنهم المصنف الى الكراهة لدلالة اخبار
اخر على الجواز وطريق الجمع بينها وبين ما دل على المنع حمل النهي على الكراهة وهو حسن واحتج الشيخ على المنع مع الاخبار
بانه ربا وضعفه ظاهر لاشتراط الكيل او الوزن في الربوي   واذا شرط مدة معينة بالايام او الاشهر صح
مقتضى اطلاق العبارة عدم ضبط المدة بين كونها وافية بادراك الزرع فيها وقاصرة ومحتملة وهو احد
الوجهين في المسألة والاقوى اعتبار مدة يدرك فيها الزرع علما او ظنا غالبا فلو اقتصر على تعيين دون ذلك بطل
العقد لان الغرض في المزارعة هو الحصة من النماء فاذا لم يحصل في المدة غالبا بقي العقد بلا عوض وهو خلاف وضع

المزارعة ولا عبرة بما كان مرتضى بعد ذلك على ابقائه لانتفع لان التراضي عرضا زم فلا يعلق عليه شرط لازم
ولو اقتصر على تعين المزروع عن ذكر المدة فوجهان احدهما يصح لان لكل زرع امدا مبنيا على العادة كالقراض
والآخر يبطل كالاجارة وهو اشبه الاقوى اشتراط تعين المدة على الوجه السابق لان مقتضى العقد اللازم
ضبط اجله والفرق بينها وبين القراض واضح فانه عقد جائز لا فائدة في ضبط اجله لو شرط لجواز الرجوع قبله
بخلاف المزارعة فكان الحاقها بالاجارة اشبه ولو مضت المدة والزرع باق كان للمالك ازالته
على الاشبه وجه جواز الازالة انقضاء المدة التي يستحق عليه فيها التبقية والاصل تسلط المالك
على ملكه كيف شاء ولان الزرع بعد المدة لا حق له فيكون ابقاؤه بدون رضا المالك ظلما وقيل ليس له الازالة
لانه قد حصل في الارض بحق فلم يكن للمالك قلعه ولان للزرع امدا معينا غير دائم الثبات فاذا اتفق الخلل لا يسقط
حق الزارع كما لو استاجر مدة للزرع فانقضت قبل ادراكه مع ان الاحتمال ايضا هنا كذلك قائم وقيل له الازالة
مع الارش جمعا بين الحقين ويشكل بما لو كان التاخير بتقصير الزارع وما اختاره المص اقوى لزوال حق الزارع
بانقضاء المدة فلا ارش له ولا استحقاق نعم لو اتفقا على ابقائه بعوض او غيره صح لان الحق لا يعدوهما
لكن لا يجبر احدهما عليه فلا فالظاهر القواعد حيث جعل التخيير في قلعه مع الارش وابقائه باجرة الى المالك
ويشكل بان ايجاب عوض في ذمة الزارع لا يعقل بدون رضاه ثم على تقدير القلع بالارش وغيره فالمقلوع
لهما بناء على ان الزارع يملك الحصة وان لم ينعقد الحب خلافا لابن زهرة فلا اجرة للمالك على ما مضى من المدة ولو لم
ينتفع بالمقلوع لان مقتضى المزارعة قصر الحق على الحصة مع احتمال وجوبها على الزارع لو كان التاخير بتفريطه لتفويته
منفعة الارض على المالك بتاخيره ويتوجه على هذا الاحتمال وجوب اكثر الامرين من الحصة واجرة المثل لو فرض
للمقلوع منفعة ناقصة عن المعتاد لاستناد النقصان الى تفريطه ايضا ولا فرق في كون المقلوع بينهما
من كون البذر من مالك الارض والزارع فيتوجه للزارع الارش لاستحقاقه فيه الحصة كما لو كان البذر منه
الا على القول السابق ثم على القول بثبوت الارش مع قلعه وطريق تحصيله ان يقوم الزرع قائما بالاجرة
الى اوان حصاده ومقلوعا ويحتمل ان يضاف الى الاول كونه مستحق القلع بالارش لان ذلك من جملة اوصافه
اللازمة له على هذا القول الا انه لا يخلو من دور وكلام الاصحاب في ذلك غير محرر وان اتفقا

على التبقية

على التبقية جاز بعوض وغيره لكن ان شرط عوضا افتقر في لزومه الى تعيين المدة الزائدة متى قلنا بجواز القلع لم يجب
على المالك الابقاء الا برضاه باجرة وغيرها واما اذا قلنا بوجوب الابقاء ففي وجوب الاجرة قولان والقولان للعلامة
اولهما في التذكرة وثانيهما في القواعد وعلى تقدير اتفاقهما على الابقاء باجرة تكون اجارة الارض حقيقة لا بعضا
مدة المزارعة فلا بد من ضبط المدة كالاجارة وان جاز الاطلاق في المزارعة ولو لم يضبطاها او اتفقا على ابقائه باجرة واطلقا
وجب اجرة المثل ولو شرط في العقد تاخيره ان بقي بعد المدة المشترطة بطل العقد على القول باشتراط تعيين المدة وجه
البطلان على القول المذكور ان المدة تصير في الحقيقة هو المجموع من المذكور وما بعده الى ان يدرك الزرع وهي مجهولة فيبطل
العقد للاخلال بالشرط وعلى تقدير عدم جهالة الجملة فالمدة المشروطة مجهولة وشرطها في متن العقد من جملة العوض فاذا تضمن
جهالة بطل العقد كما لو كان جميع المدة مجهولا ويحتمل على هذا القول صحة الشرط المذكور لان المدة مضبوطة
وما تضمنه الشرط بمنزلة التابع ذكر احتياطا لاحتمال الحاجة وجهالة التابع غير ضائرة كما تقدم غير مرة والاول اقوى
ولو ترك المزارعة حتى انقضت المدة لزمه اجرة المثل ولو كان استاجرها لزمته الاجرة لان منفعتها
صارت مستحقة له بحيث لا يمكن المالك من استيفائها وقد فوتها على نفسه فلزمته الاجرة كما لو كان قد استاجرها مدة
معينة ولم ينتفع بها هذا اذا مكن المالك له منها وسلمه اياها والا لم يستحق عليه شيئا الا ان المنع قبله
وحيث يلزمه ضمان الاجرة يلزمه ارشها لو نقصت بترك الزرع كما يتفق في بعض الارضين لاستناد النقص
الى تفريطه وهل يفرق بينهما بين ما اذا ترك العامل الانتفاع اختيارا او غيره ظاهرهم عدمه ولا يبعد الفرق
لعدم التقصير في الثاني خصوصا في الارش ومقتضى العقد لزوم الحصة خاصة ولم يحصل منه تقصير يوجب
الانتقال الى ما لا يقتضيه العقد نعم يتوجه الحكم مطلقا في الاجارة لان حق المالك هو الاجرة عوضا عن
منفعة العين تلك المدة فاذا فاتت المنفعة فانما ذهبت على مالكها وهو المستاجر اما الموجر فلا حق له فيها انما
حقه في الاجرة ولم تفت ان يكون للارض ما يمكن الانتفاع بها بان يكون لها ماء اما من نهر او بئر
او عين او مصنع الضابط امكان الانتفاع بها في الزرع عادة بالماء الذي ذكره وما اشبهه كماء المطر والزيادة
كالنيل وحصره في المذكورات ليس بذلك الحسن والحاصل ان من شرط صحة المزارعة على الارض ان يكون لها ماء معتاد
يمكنها لسقي الزرع غالبا فلو لم يكن لها ذلك بطلت المزارعة وان رضي العامل او تردد في التذكرة فيما لو كان لها ماء نادر

هل يصح المزارعة عليها ام لا من عدم التمكن من انتفاع ما وقع عليه العقد غالباً ومن امكان الوقوع ولو نادراً ويلاحظه
هذه الدعوى يشكل الحكم في بعض ما ياتي كما ستقف عليه فلو انقطع في اثناء المدة فللزارع الخيار لعدم الانتفاع هذا
اذا زارع عليها او استاجرها للزراعة وعليه اجرة ما سلف ويرجع بما قابل المدة المتخلفة قد عرفت ان امكان الزرع شرط
صحة المزارعة فاذا فقد الشرط في الابتداء لم يجد انقطاع الماء بمقتضى القاعدة بطلان العقد لفوات الشرط الباقي في المدة
ولكن المص رحمه الله والعلامة اطلقا القول بعدم البطلان بل حكما بتسليطه على الفسخ وفيه كانهما نظر الى صحة العقد
ابتداء ويستصحب والضرر اللاحق للزارع بانقطاع الماء يجبر بتسلطه على الفسخ وفيه نظر هذا حكم المزارعة
اما الاجارة فان كان قد استاجرها للزراعة فكذلك لاشتراكهما في المعنى اما لو استاجرها مطلقا لم يتخير مع امكان
الانتفاع بها بغيره وقوله وعليه اجرة ما سلف من احكام الاجارة على تقدير فسخه فان الفسخ الطارى عليها يوجب
اجرة ما سلف من المدة والرجوع بما قابل المتخلف اما المزارعة فلا شيء على العامل اذا لم يشترط عليه سوى الحصة
وقد فاتت واذا اطلق المزارعة زرع ما شاء الظاهر ان ضمير زرع يعود الى المزارع العامل وانما تم
ذلك لو كان البذر عنده اما لو كان من عند صاحب الارض فالتخيير اليه بطريق اولى لا الى المزارع وانما تخير مع الاطلاق
لدلالة المطلق على الماهية من حيث هي وكل فرد من افراد الزرع يصلح ان يوجد المطلق في ضمنه واولى منه لو عمم لدلالته على الاذن في
كل فرد فرد ونوى في المذكرة وجوب التعيين لتفاوت ضرر الارض باختلاف جنس المزروعات فيلزم من ترك الغرر
ولا ريب انه احوط الا ان في تعينه نظر لدخول المالك على اضر الانواع من حيث دخوله في الاطلاق فلا غرر كالو عمم
وربما فرق بين الاطلاق والتعميم بان الاطلاق انما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الافراد ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك
الرضا بالاشد ضررا من غيره اذ ليس في اللفظ اشعار بذلك الفرد ولا دلالة على الاذن فيه والرضا بزيادة ضرره ولان
الرضا بالقدر المشترك انما يستلزم الرضا بمقدار القدر المشترك بين الكل لا على الرضا بالزايد فلا يساوى المتوسط والاشد
بخلاف العام فانه دال على الرضا بكل فرد وفيه نظر لان المطلق لما كان هو الدال على الماهية بلا قيد صح وجوده
في ضمن المفرد والمثنى والمجموع وغيرها على اى نحو وقع ان لو انها مختلفة ولذلك حكموا بان الامر بالمطلق كالضرب
بلا تعيين يتادى بجزئى من جزئياته كالضرب بالسوط والعصا ضعيفا وقويا ومتوسطا حتى قيل ان الامر به امر
بكل جزئى واذن في كل جزئى وهذا كله ينافى ما ادعاه الفارق ولو قيل بان المطلق هو النكرة كما اختاره
الآمدى

الآمدى وابن الحاجب حيث عرفاه بانه الوحدة الشائعة اى النكرة في سياق الاثبات فصلاحيته لكل فرد من افراده
ايضا ظاهر وان اختلفت بالقوة والضعف والمراد بالقدر المشترك على هذه التقديرات المعنى المصدرى ونفس الحقيقة
المشترك بين الافراد لا تلك اللوازم اللاحقة لها وهى في مسئلتنا الزرع الحاصل لكل فرد من افراد المزروعات
لانها مشتركة في هذا المعنى وان لم تشترك في الضرر وغيره وان عين الزرع لم يجز التعدى لا فرق في تعين المعين
من كونه شخصيا كهذا الحب ضيفيا كالحنطة الفلانية نوعيا وغيره لاختلاف الاغراض باختلافه فيتعين ما يتعلق
الغرض المدلول عليه بالتعيين فلا يجوز العدول عنه مطلقا عملا بالشرط وهذا هو مقتضى التعيين في كلام المص وغيره
الا انه قد يأتي ما ينافيه بعد ذلك في قوله ولو كان اقل ضررا جاز والاعتذار بان الرضا بزرع الاضر بالنسبة الى الارض
يقتضى الرضا بالاقل ضررا بطريق اولى باطل لان غرض مالك الارض ليس منحصرا انما يتعلق بمصلحة الارض بل القصد الذاتى
له انما هو الانتفاع بالزرع ومصلحة الارض تابعة لا مقصودة بالذات ولا شك ان الاغراض تختلف في انواع المزروع
وربما كان غرضه في الاشد ضررا من حيث نفعه والحاجة اليه وان حصل للارض ضرر ولا يتعلق غرضه بالاخف
وان انتفعت الارض به الا ترى ان الارض لو انتفعت بترك الزرع رأسا لم يكن ذلك كافيا في جواز ترك المزارع العمل
نظرا الى مصلحة الارض وح فالاقوى عدم التعدى لما عين مطلقا نعم مثل هذا يجرى في اجارة الارض
لزرع نوع معين فان عدل المستاجر الى زرع ما هو اخف ضررا منه يتجه لان الغرض في الاجارة للمالك
تحصيل الاجرة وهى حاصلة على التقديرين ويبقى معه زيادة تخفيف الضرر عن ارضه واولى منه لو ترك الزرع
طول المدة فانه لا اعتراض للمالك عليه حيث لا يتوجه ضرر لحصول مطلوبه وهو الاجرة بخلاف المزارعة فان
مطلوبه الحصة من الزرع المعين فلا يدل على الرضا بغيره ولا يساويه بوجه ولو زرع ما هو اضر
والحال هذه كان لمالكها اجرة المثل ان شاء او المسمى مع الارش اى لو عدل الى زرع الاضر والحال انه
قد عين غيره مما هو اخف ضررا فان المالك يتخير بين ما ذكر من الامرين ووجه التخيير ان مقدار المنفعة المعقود
عليها قد استوفى بزيادة في ضمن زرع الارض فيتخير بين اخذ المسمى في مقابلة مقدار المنفعة المعينة مع اخذ
الارش في مقابلة الزايد الموجب لضرر الارض بغير اذن مالكها وبين اخذ اجرة المثل لزرع ذلك الاضر من غير نظر
الى المسمى والارش لان المزروع بتمامه واقع بغير اذن المالك لانه غير المعقود عليه ويشكل الحكم الاول

من التخيير بان الحصة المسماة انما وقعت في مقابلة الزرع المعين ولم يحصل والذي زرع لم يتناوله العقد ولا الاذن
فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصة من وجوب اجرة المثل خاصة اقوى ولو كان اقل ضررا جاز قد عرفت
ما في الجواز ومن لزوم الجواز لو تم ثبوت الحصة للمالك مجانا وفيه نظر لانه غير معقود عليه ايضا فكيف يستحق
فيه شيئا مع انه نما بذر العامل الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه وخير العلامة في كتبه هنا بين اخذ اجرة المثل والمسمى
لتقريب ما ذكر في الاضر وفيه النظر السابق والاقوى ثبوت اجرة المثل خاصة ولو زارع عليها او آجرها
للزراعة ولا ماء لها مع علم المزارع لم يتخير ومع الجهالة له الفسخ قد عرفت مما تقدم من كلام المص وما حققناه ان
من شرط صحة المزارعة على الارض ان يكون لها ماء معتاد للسقي غالبا بحيث يمكن الانتفاع بالزرع من دونه لا يصح العقد
لفقد الشرط وان رضي كل من المالك والعامل لانه تصرف في حكم لم يرد الاذن فيه شرعا وهو ينافي ما ذكره هنا من جواز المزارعة
على ما لا ماء لها مع العلم من غير تخيير ولا فسخ مع التخيير واللازم من تلك القاعدة بطلان المزارعة هنا سواء علم هنا ام لم يعلم
ولان الحكم بالتخيير فرع صحة العقد وقد سار كل العلامة المص في كتبه على مثل هذه العبارة وزاد عليه التصريح بانه لو ساقاه
على ما لا ماء لها لم يصح العقد ويرد ذلك ايضا على ما ذكره في الصحة مع ندور الماء كما حكيناه سابقا وربما تكلف للجمع بين الحكمين
بحمل هذا الحكم على ما لو كان للارض ما يمكن الزرع والسقي به لكنه غير معتاد دون جهة المالك بل يحتاج معه الى تكلف واجراء
ساقية ونحوه والمنع على ما لو لم يكن لها مطلقا وهو جيد لو ثبت ان مثل هذا العذر يوجب التخيير وان الاطلاق يقتضي كون الماء
معتادا بلا كلفة الا ان اطلاق كلامهم يأباه فانهم اقتصروا في الحكم بالجواز على امكان السقي بالماء من غير تفصيل وفي التخيير
على عدم الامكان وايضا فان احداث النهر والساقية ونحوهما لازم للمالك سواء كان معتادا ام لا كما سيأتي
في التنبيه عليه فلا فرق حينئذ بين كون الماء معتادا او غيره في عدم الكلفة على الزارع والاقوى عدم الصحة هنا عملا بهذا
الاطلاق ومثله ما لو استأجرها للزراعة اما لو استأجرها مطلقا ولم يشترط الزراعة لم يفسخ
لامكان الانتفاع بها بغير الزرع الحكم بعدم الفسخ يقتضي ان الحكم فيما لو لم يكن المستأجر عالما بحالها فان العالم
لا معنى لتوهم جواز فسخه بل اما ان يصح او يبطل مطلقا وانما لم يكن له الفسخ مع الجهل بحالها لانه اذا استأجرها مطلقا
لا يقتضي امكان اشتراط زرعها لانه نوع من انواع الانتفاع فلا يشترط في استئجار شيء ان يمكن الانتفاع به في جميع
الوجوه التي يصلح لها بل امكان الانتفاع به مطلقا حيث يطلق وهو هنا كذلك لامكان الانتفاع بالارض المذكورة
في نفع

في وضع المتاع وجعلها مراحا ومراحا وغير ذلك وان كان الغالب في الارض الزراعة لان الحكمة لا تفيد الاطلاق مع احتمال
الرجوع الى الغالب في تلك الارض فان كان الزرع تسلط على الفسخ حملا على المعتاد وكذا لو شرط الزراعة وكانت في بلد
تسقيها الغيوث غالبا هذا في الحقيقة من جملة اقسام الارض التي يعتاد لها ما يسقيها المص لما حصر الماء المذكور
سابقا في تلك الاقسام الاربعة اعقبها بذكر الغيث ولو استأجر للزراعة فما لا يحسر عنه الماء لعدم الانتفاع المراد
ان الماء لا ينحسر وقت الحاجة الى الزرع والا فلو كان مستوليا عليها عند العقد ولكن من يتوقع وقت الانتفاع عادة صح
مع العلم بالارض بان كان قد رآها او كان الماء صافيا لا يمنع رؤيتها ووجه عدم الصحة في الاول ما ذكره من عدم
الانتفاع بها فيما استؤجر عليه من المنفعة وهو مؤيد لما اسلفناه من المسائل السابقة واحترز بالاستئجار للزراعة
عما لو استأجرها لغيره مما يمكن استيفاؤه او مطلقا فان الاجارة صحيحة وينتفع بها بما يشاء ولو باصطياد السمك
ولو فرض تعذر الانتفاع بها مطلقا لم يصح مطلقا لان شرط الصحة امكان الانتفاع ولو رضي بذلك المستأجر
جاز ولو قيل بالمنع لجهالة الارض كان حسنا هذا التعليل لا يدل على البطلان مطلقا لامكان العلم بالارض
مع وجود الماء سابقا او مع صفاء الماء كما ذكرناه ولو فرض الجهل بها على كل حال فالمنع متوجه كما ذكره
وان كان قليلا يمكن معه بعض الزرع جاز ووجه الجواز امكان الانتفاع في الجملة لكن لو لم يعلم المستأجر بذلك
تسلط على الفسخ للعيب هذا اذا كان الزرع ممكنا في جميع الارض على النقصان اما لو امكن في بعضها دون بعض
فقد الماء وضر ما لا ينحسر عنه بالجمع وجه ولو كان الماء ينحسر عنها تدريجا لم يصح لجهالة وقت الانتفاع مقتضى
التعليل انه لا فرق بين رضا المستأجر بذلك وعدمه لانه رضاه بما هو فاقد لشرط الصحة غير كاف في الصحة وفي القواعد
قيد المنع بعدم رضا المستأجر فلو رضي صح وهذا انما يتم فيما يكون لا بعيب التخيير بالرضا والخيار لا في الجهالة وعلى
تقدير الجاهل به نظرا الى امكان الانتفاع به في الجملة فانما يوجب انقطاعه تدريجا نقصان المنفعة فلا وجه للحكم
بعدم الصحة بل بتخيير المستأجر مع الجهل وما اطلقه المص هنا اوضح وهذه الاحكام آتية في المزارعة
على الارض المذكورة فكان ذكرها في بابها اولى من استطراد حكم الاجنبي والمبهم وربما قيل في الفرق بين المسألتين
بان المنع مخصوص بالاجارة اما المزارعة عليها فجائز والفرق ابتناء الاجارة على المعلومية لانضباط الاجرة
فلا بد من انضباط المنفعة في مقابلتها بخلاف المزارعة فان المنفعة التي هي الحصة لما كانت مجهولة تسومح في
مقابلها من العوض فلا منافاة في غيرها ولا بأس به ولو اشترط الغرس والزرع افتقر الى تعيين مقدار كل واحد
منهما لتفاوت ضررهما وكذا لو استأجر لزرعين او غرسين مختلفي الضرر اي اشترط في استئجار الارض

الغرس فيها والزرع معًا فلا بد من تعيين مقدار كل واحد لان الغرس اضر على الارض ويمكن ان يدل الاطلاق على
الانتصار من كل حق على مسماه بحسب الجمع وبالعكس وبينهما في الضرر اختلاف كثير فلا بد من ضبطه وكذا القول في شرط
الزرعين كالحنطة والشعير فان زرع الحنطة اضر فلا بد من تعيين المقدار وكذا الغرسين المختلفين بسريان العروق
في الارض ويمكن حمل الاطلاق على جعل كل واحد منهما في نصف الآخر لان المتبادر من لفظ التشريك التسوية كما في نظائره
ولان مقتضى الاجارة لهما ان يكون المنفعة المطلوبة كل واحد منهما فعند الجمع يجب التنصيف لئلا يلزم الترجيح
من غير مرجح وهذا هو الاقوى ويحتمل البطلان هذا كله اذا استاجرها لهما مطلقا اما لو استاجرها لينتفع بها ما
شاء منهما صح وتخير لان ذلك تعميم في الافراد ويدوم على الرضا بالاضر وسبق الكلام في تعيين النوع الواحد من الزرع
والغرس واطلاقه ما تقدم | اذا استاجر ارضا مدة معينة ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة غالبا قيل يجب
على المالك ابقاؤه او ازالته مع الارش وقيل له ازالته كما لو غرس بعد المدة والاول اشبه وجه
الاول ان المستاجر غير متعد بالزرع لانه مالك للمنفعة تلك المدة فله الزرع وذلك يوجب على المالك ابقاؤه لمفهوم
قوله صلى الله عليه وآله ليس لعرق ظالم حق قال الامام فخر الدين رحمه الله ان الاصوليين اجمعوا على دلالة المفهوم
في هذا الحديث وان اختلفوا في دلالة مفهوم الوصف في غيره لكن الظالم مكن له في الارض حق بعد المدة لانقضاء الاكثر
جمع من المحققين بابقائه بالاجرة وهو المراد من اطلاق المتن ابقاءه او قلعه بالارش ووجه الثاني
ان المستاجر دخل على ان لا حق له بعد المدة لان منفعة المدة هي المبذول له في مقابلة العوض فلا يستحق بالاجارة
شيئا آخر فللموجر قلعه مجانا كما لو غرس المستاجر بعد المدة وهذا هو الاقوى وعدم تعدي المستاجر بزرعه في المدة
لا يوجب له حقا بعدها مع استناد التقصير اليه والمفهوم ضعيف ودعوى الاجماع على العمل به هنا لم يثبت
وعلى تقدير صحته يمنع من كونه بعد المدة غير ظالم لانه واضع عرقه في ارض لا حق له فيها ~~لم يثبت وعلى تقدير صحته يمنع من~~
~~كونه بعد المدة غير ظالم لانه واضع~~ والزام المالك باخذ الاجرة على الابقاء او بتكليفه بالارش على خلاف الاصل
فلا يصار اليه مثل ذلك ومثله ما لو استاجر للزرع مدة يدرك فيها غالبا لكن قصر الزارع في الزرع الى ان انقضت المدة
اما لو كان التاخير لا بتقصير بل لكثرة الامطار او تغير الاهوية او شدة البرد ونحوها توجه وجوب الصبر الى بلوغه بالاجرة
فانهما وان اشتركا في عدم استحقاق ما بعد المدة الا انه حيث لم يقصر وقد زرع نحو يحتمل من المحسنين بالاجرة بخلاف
ما اذا قصر او قدم على ذلك كالسابق فانه يسقط حقه اذ لا معارض له واعلم ان هذه المسائل كلها
استطرادية كان تاخيرها الى باب الاجارة انسب | اذا كان من احدهما الارض حسب ومن الآخر البذر
والعمل

والعمل والعوامل صح الى قوله نظرا الى الاطلاق | الضابط ان الصور الممكنة في اشتراك هذه الاربعة بينهما كلا وبعضا
جائزة لاطلاق الاذن في المزارعة من غير تقييد بكون بعض ذلك مخصوصا من احدهما وهذا هو المراد من قوله نظرا
الى الاطلاق هذا اذا كانا اثنين خاصة فلو جعلا معهما ثالثا وشرطا عليه بعض الاربعة او رابعا كذلك ففي الصحة
وجهان من عموم الامر بالوفاء بالعقود والكون مع الشرط ومن توقف المعاملة بينهما التي هي خلاف الاصل على التلقي
على الشارع ولم يثبت منه مثل ذلك والاصل في المزارعة قصة خيبر ومزارعة النبي صلى الله عليه وآله
اليهود عليها على ان يزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها وله صلى الله عليه وآله شطره الآخر وليس فيها ان
المعاملة مع اكثر من واحد ولان لكل ما في النصوص التي وردت شرط فقها ولان العقد يتم باثنين موجب
وهو صاحب الارض وقابل فدخول ما زاد يخرج العقد عن وضعه او يحتاج اثباته الى دليل والاجود
عدم الصحة | ولو كان بلفظ الاجارة لم يصح لجهالة العوض اما لو آجرها بمال مضمون او معين من غيرها
جاز | الاشكال في عدم وقوعها بلفظ الاجارة لاختلاف احكامها فان الاجارة تقتضي عوضا معلوما
والمزارعة يكفي فيها الحصة المجهولة | واما لو آجر الارض بمال مضمون مقدر سواء كان من جنس ما يزرع
او من غيره ام معين من غيرها يخرج منها صح وقد تقدم الكلام في ذلك ونبه بالمنع من ايقاعها بلفظ الاجارة
على خلاف بعض العامة حيث جوزها بها | اذا تنازعا في المدة فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه وكذا
لو اختلفا في قدر الحصة فالقول قول صاحب البذر | اما المدة فلان الاصل عدم زيادتها عما اتفقا عليه فيقدم منكر
الزيادة واما النماء فلما كان تابعا للاصل في الملك فالقول قول صاحب البذر في حصة الآخر لاصالة عدم خروجها
عن ملكه وعدم استحقاق الآخر الزائد ولان مدعي الزيادة فيهما لو ترك المنازعة لترك فيكون مدعيا بهذا المعنى ايضا
نقل مه لا يقال اتفاقهما على عقد يتضمن حصته وقدره من الاصل المذكور وليس مدعي الزيادة متروكا اذا ترك فانه اذا ترك
العمل طالبه به وانما تم هذا اذا وقع الاختلاف عند الانتهاء لانا نقول العقد المتضمن لهما انما اخرج
عن حكم الاصل في اصل المدة والحصة اما في قدر معين فيهما فلا لاشتراكهما في الزيادة فيها بحاله لم يخرجه عن الاصل
شيء والمراد من ترك اذا ترك في نفس ذلك المدعى وهو هنا المدة الزائدة اما العمل فهو امر خارج عن الدعوى فلا اثر للمطالبة
به في هذه المنازعة | ولو اقام كل منهما بينة قدمت بينة العامل وقيل يرجع الى القرعة والاول اشبه

اذا قام كل منهما بينة بني على تقديم بينة الداخل او الخارج والمشهور الثاني وهو خارج بالنسبة الى دعوى المدة لان مالك
الارض يدعي تقليل المدة فيكون القول قوله والبينة بينة العامل واما دعوى زيادة الحصة فهي ممن ليس البذر منه سواء في
ذلك العامل ومالك الارض فيكون البينة بينة من لا بذر له لان الشرط منه حيث ان الجميع نماء ماله فلا يتم الاطلاق بعدم بينة العامل
بل ينبغي ان يقول قدمت بينة الاخر كما صنع غيره او يصرح بالمراد ووجه القول بالقرعة انها لكل امر مشكل
ويشكل بانه لا اشكال هنا فان من كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه بمقتضى النص فالقول بتقديم بينة المدعي
فيها اقوى ولو اختلفا فقال الزارع اعرتنيها وانكر المالك وادعى الحصة او الاجرة ولا بينة فالقول
قول صاحب الارض وثبت له اجرة المثل مع يمين الزارع وقيل يستعمل القرعة والاول اشبه المراد ان القول
قول صاحب الارض في عدم الاعارة لا فيما يدعيه لانه منكرها فيقدم قوله فيها وكذلك القول قول الزارع في عدم الاجارة
والمزارعة لانه منكرهما وح يحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر ويبقى على الزارع انه سعى ما رض غيره مع عدم ثبوت
التبرع فيلزمه اجرة المثل لذلك الزرع الى اوان زرعه هذا اذا لم يزد الاجرة على ما يدعيه المالك من الحصة او الاجرة
المعينة والا ثبت له ما يدعيه خاصة لاعترافه بانه لا يستحق سواه وهذا اذا وقع النزاع بعد زرع الارض كما
تقتضيه مقالة الزارع وقوله وللزارع تبقية الزرع فلو كان النزاع قبله وتحالفا انتفت العارية والاجارة
والمزارعة وليس للعامل ان يزرع بعد ذلك واعلم انه اذا كان الواجب للمالك بعد يمينه اقل الامرين مما يدعيه
او اجرة المثل وكان الاقل هو ما يدعيه فلا وجه ليمين الزارع لانه لو اعترف له بما يدعيه لم يكن له ازيد منه وكذا لو حلف
اصرح اليمين وما هنا انه لا فائدة فيه نعم لو كان ما يدعيه ازيد من اجرة المثل اتجهت فائدة يمين الزارع لانها
تنفي الزائد مما يدعيه المالك عن الاجرة ولو ردها او اعترف لزمه الزائد والقول بالقرعة هنا ضعيف كالاول
وللزارع تبقية الزرع الى اوان اخذه لانه ماذون فيه اي ماذون في زرعه باتفاق الخصمين
وانما اختلفا في استحقاق عوض في مقابلته وعدمه فهو زرع بحق فلا يجوز قلعه بغير اذن مالكه وقد علم
ان ابقاءه باجرة لا مجانا لان الاجرة الثابتة من حين زرعه الى حين اخذه وانما عبر باخذه للتنبيه على ان الامر
الى الزارع فان شاء اخذه قصيلا وان شاء ابقاه الى اوان حصاده ومهما ابقاه من المدة يلزمه اجرتها
خاصة فكان التعبير بالاخذ اولى من التعبير بالحصاد اما لو قال غصبتنيها حلف وكان له ازالته

والمطالبة

والمطالبة باجرة المثل وارش الارض ان عابت وطم الحفر ما سبق من التحالف انما هو فيما لو ادعى كل منهما عقدا غير
ما يدعيه الآخر اما لو ادعى الزارع الاعارة وانكرها المالك وادعى غصب الارض فالقول قول المالك مع يمينه لاصالة عدم
الاعارة وبقاء منافع ارضه على ملكه وعدم خروجها عنه بعارية ولا غيرها فاذا حلف على نفي العارية ثبت وضع
الزارع زرعه فيها بغير حق فيتخير ح المالك بين قلعه ومطالبته باجرة المثل لما مضى من المدة وارش الارض ان نقصت
وطم الحفر كما يلزم ذلك الغاصب وان اتفقا على ابقائه باجرة جاز وفي التذكرة قال يحلف العامل
على نفي الغصب ولم يذكر يمين المالك ورتب باقي الاحكام والحق ما ذكر هنا من ان الحالف المالك على
نفي العارية لا غير للمزارع ان يشارك غيره وان يزارع عليها غيره ولا يتوقف على اذن المالك لكن لو شرط
المالك الزرع بنفسه لم يجز المشاركة الا باذنه لما كانت المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة
الارض الى ملك العامل بالحصة المخصوصة كان للعامل نقلها الى غيره ومشاركته عليها لان الناس مسلطون
على اموالهم ولا يتوقف على اذن مالكها اذ لا حق له في المنفعة نعم لا يجوز له تسليم الارض الا باذن المالك
وسياتي مثله ان شاء الله تعالى في الاجارة واشترط بعضهم في جواز مزارعته غيره كون البذر منه ليكون تمليك
الحصة منوطا به وبه يفرق بينه وبين عامل المساقاة حيث لا يصح له ان يساقي غيره كما سياتي ولان البذر
اذا كان من صاحب الارض فالاصل ان لا يتسلط عليه الا مالكه او من اذن له وهو الزارع وهو حسن في مزارعة
غيره اما المشاركة فلا لان المراد بها ان يبيع بعض حصته في الزرع مشاعا بعوض معلوم وهذا لا مانع منه
لملكه لها فيتسلط على بيعها كيف شاء بخلاف اسداء المزارعة اذ لا حق له ح الا العمل وبه يستحق الحصة
مع احتمال الجواز مطلقا لان لزوم عقدها اقتضى تسلطه على العمل بنفسه وبغيره وملكه للمنفعة والتصرف
في البذر بالزرع وان لم يكن بنفسه حيث لا يشترط عليه الاختصاص فيجوز نقله الى الغير كما يجوز الاستنابة
ويضعف بان البذر حينئذ ليس ملكا له وانما هو ماذون في التصرف فيه بالزرع وبه يملك الحصة وقد
يقال ان هذا كاف في جواز مزارعة الغير لانها عبارة عن نقل حقه في ذلك اليه وتسليطه على العمل فيجوز
كما يجوز له التوكيل فيه والاستنابة بغيرها من الوجوه هذا كله اذا لم يشترط عليه المالك العمل بنفسه والا
لم يجز المشاركة ولا المزارعة بحيث يصير العمل او بعضه متعلقا بغيره ولا يرد ان ذلك يقتضي منع المالك من

التصرف في ماله مكون منافيا للمشروع لان الناس مسلطون على اموالهم لان ذلك حيث لا يعارضه حق غيره والا
لم يتم الكليه ضرورة تخلفه في كثير كالرهن والمفلس   خراج الارض ومؤنتها على صاحبها الا ان يشترط
على الزارع   اما خراج الارض فهو على مالكها لانه موضوع عليها وهو مروي   وروي ايضا ان السلطان لو زاد فيه
زياده وطلبها من الزارع وجب على صاحب الارض دفعها اليهم قال السائل قلت انا لم اظلمهم ولم ازد عليهم قال
انهم انما زادوا على ارضك واما المؤنه فذكرها المحقق والعلامه في بعض كتبه اجمالا ولم ينبهوا على المراد منها مع
اطلاقهم ان العمل على الزارع او من شرط عليه والظاهر ان المراد بمؤنة الارض هنا ما تتوقف عليها الزرع
ولا يتعلق بنفس عمله وتنميته كاصلاح النهر والحايط ونصب الابواب ان احتيج اليها واقامة الدولاب
وما لا يتكرر كل سنه كما فصلوه في المساقاة والمراد بها العمل الذي على الزارع ما فيه صلاح الزرع وبقاؤه
ما يتكرر كل سنة كالحرث والسقي وآلاتهما وتنقية النهر من الحماة وحفظ الزرع وحصاده ونحو ذلك
وبالجمله فكلامهم في هذا المحل قاصر جدا   هذا كله اذا لم يشترط ذلك على الزارع فان شرط عليه لزم اذا كان
القدر معلوما وكذا لو شرط بعضه معينا او مشاعا مع ضبطه ولو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زياده
فهي على صاحب الارض لان الشرط لم يتناولها ولم يكن معلومه فلا يمكن اشتراطها ولو شرطا ذلك او بعضه
عليهما او اخراجه من الاصل والباقي بينهما فهو كما لو شرط المالك بصفه على العامل لانه بمعناه   كل موضع
يحكم فيه ببطلان المزارعه فهو له وعليه للعامل والعوامل والالات اجرة المثل ولو كان بينهما فالحاصل بينهما على
نسبة الاصل ولكل منهما على الاخر اجرة مثل ما يخصه على نسبة ما للاخر من الحصه فلو كان البذر لهما بالنصف
رجع المالك بنصف اجرة ارضه والعامل بنصف اجرة عمله وعوامله والاته وعلى هذا القياس باقي الاقسام
ولو كان البذر من ثالث فالحاصل له وعليه اجرة مثل الارض وباقي الاعمال والالاتها   يجوز لصاحب
الارض ان يخرص على الزارع والزارع بالخيار في القبول والرد فان قبل كان استقراره مشروطا بالسلامة
فلو تلف الزرع بآفة سماويه او ارضيه لم يكن عليه شيء   محل الخرص بعد بلوغ الغلة وهو انعقاد الحب وتخيير
الزارع في القبول وعدمه لا شبهة فيه وعلى تقدير قبوله يتوقف تعلقه على عقد كغيره من الاحوال بلفظ الصلح
او التقبيل على ما ذكره الاصحاب والمشهور ان لزوم العوض فيه مشروط بالسلامه فان تلفت الغلة اجمع
بآفة من قبل الله تعالى فلا شيء على الزارع ولو تلف البعض سقط بالنسبه ولو اتلفها متلف ضمن فهو بحالها
وطالب المتقبل المتلف بالعوض ولم يكن عموم الافة الارضيه لهذا ايضا والحكم بذلك هو المشهور بين الاصحاب

ومستنده

ومستنده غير واضح وحكمه لا يخلو من اشكال ان لم يكن انعقد الاجماع عليه والى لهم به وانما ذكره الشيخ رحمه الله في
بعض كتبه وتبعه عليه الباقون معترفين بعدم النص ظاهرا على هذه اللوازم ولو كان النقصان يسيرا كالخطأ في الخرص
لم يسقط من المال شيء عملا بالاصل وهو مروي عن الكاظم عليه السلام مرسلا ولو زاد فالزايد يملكه الزارع عملا بمقتضى العقد
خصوصا اذا جعل صلحا ولو جعل بلفظ البيع اشترط فيه شرايطه مع احتمال العدم وكيف وقع فهو عقد لازم يجب الوفاء به
وان الحقته تلك الخواص الخارجه عن مقتضى اللزوم وانكر هذه المعارضه ابن ادريس وجعلها باطله لانها ان كانت بيعا
فهي محاقله وان كانت صلحا فهو لازم مسلم ام لا ان كان بعوض مضمون وان كان العوض من الغلة فهو باطل
كالبيع والاقوى الصحه لكن اثبات اللوازم المذكوره يحتاج الى دليل وقد تقدم في البيع جملة من مباحث المسئله
واما المساقاة   فهي معاملة على اصول ثابته بحصه من ثمرها   المساقاة مفاعلة من السقي وخص
الاشتقاق منه دون باقي الاعمال التي تتوقف عليه المعامله لانه اظهرها وانفعها في اصل الشرعيه لوقوعه
بالحجاز التي يسقى فيها النخل من الابار ولانه اكثر مؤنة واشد مشقة من غيره من الاعمال وعرفها ما ذكره فالمعامله
فيها بمنزلة الجنس يتناول عقود المعاوضات وخرج بالاصول المزارعه وبالثابته بالنبات الممثله غيرها من الاصول التي
لا تبقى كالخضراوات والودي غير المغروس والمغروس الذي لم يستقر في الارض والمغارسه وبحصه من ثمرها
خرجت الاجاره فانها وان صحت على الاصول الثابته لكن لا بحصه من الثمر بل باجرة معلومه معينه او مضمونه
بالثمرة هنا نماء الشجر وان لم يكن ثمرته المعهوده ليدخل فيه المساقاة على ما يقصد ورده وورقه ولو قال او ما في
حكمها لادخال ذلك استغنيا عن تكلف ادخالها ويمكن ان يريد بالثمرة معناها المتعارف وحاصله لترديده فيما ياتي في
جواز المساقاة على ما يقصد ورده وورقه وربما قرى الثابته بالنون فيفيد فيخرج بها الودي والمغارسه دون باقي
ما سبق والاول اضبط   وصيغة الايجاب ان يقول ساقيتك او عاملتك او سلمت اليك او ما اشبهه
لما كانت المساقاة من العقود اللازمه فلا بد فيها من ايجاب وقبول لفظيين يدلان على الرضا الباطني واللفظ الصريح
فيها ساقيتك على كذا او في معناه عاملتك وسلمت اليك وعقدت معك عقد المساقاة وملكتك عملها ونحو ذلك
من الالفاظ الداله على الانشاء الواقعه بلفظ الماضي وزاد في التذكره تعهد نخلي بكذا او اعمل فيه بكذا ويشكل
بما مر في نظايره من عدم صراحة الامر في الانشاء ولا وجه لاخراج هذا العقد اللازم من نظايره وقد يوقش
في الاكتفاء في المزارعه بلفظ الامر فيها مع الاستناد فيها الى النص وهو منتف هنا وجريان المعاطاة هنا بعيد

نشتمل هذا العقد على الغرر وجهاله العوض بخلاف البيع والاجاره ويسمى الاّ مضاربه على موضع المتن وترك المص ذكر القبول
التولى ولا بد منه وهو كل دال على الرضا مثل الايجاب لفظا وهى لازمه كالاجارة لا خلاف عندنا فى لزوم هذا العقد
فلا يجوز لاحدهما فسخه الا مع التراضى على وجه لاقاله لعموم الادله التى دلت على لزوم غيره من العقود ونبه المص بقوله كالاجاره
على خلاف بعض العامه حيث قال انه جائز كالمضاربه لاشتراكهما فى كونهما عقدا على جزء من نماء المال فقال المص بل هو لازم كالاجاره
لاشتراكهما فى كون كل منه عقد معاوضه ولعموم الامر بالوفاء بالعقود المقتضى للزوم الا ما اخرجه الدليل وهل يصح بعد
ظهورها فيه تردد والاظهر الجواز بشرط ان يبقى للعامل عمل وان قل مما يستزاد به الثمره اذا ساقاه على الشجر والثمره معدومه صح
مع وجودها اما قبله صح اجماعا وان كان بعد ظهورها ولم يبق للعمل فيها مستزاد لم يصح اجماعا وان احتاجت الى عمل كالجداد
والحفظ والنقل ونحو ذلك لان الناتج يكون من ملك رب الشجر ولم يحصل بالمساقاه زياده فيفوت الغرض الذى اقتضى شرعيتها واما اذا
كانت قد ظهرت ولكن بقى لها عمل يحصل به زياده فى الثمره كالسقى والحرث ورفع اغصان شجره الكرم على الخشب وتابير ثمره النخل
ففى جوازها تردد ينشا من ان اجود هما الصحه بحصول تلك الفائده لان العقد ح ابعد عن الغرر للوثوق بالثمره فيكون اولى
مما لو كانت معدومه ووجه عدم الجواز ان الثمره اذا ظهرت فقد حصل المقصود فصار بمنزله القراض بعد ظهور
الربح ولان المقصود من المساقاة ظهور الثمره بعمله وفيهما منع ظاهر ولو كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمره لكن لا
يحصل به زيادة كحفظها من فساد الوحش ونحوه فمقتضى القاعده عدم الجواز وحيث لا يصح المساقاه على ذلك
يصح الاجاره على بقيه الاعمال بجزء من الثمره والجعاله والصلح ولا تبطل بموت المساقى ولا بموت العامل على الاشبه
الاشبه راجع الى حكم موت كل منهما فقد قال الشيخ فى المبسوط انه لو مات احدهما او ماتا انفسخت المساقاه
عندنا كالاجاره والاقوى عدم البطلان لان ذلك مقتضى لزوم العقد نعم لو كان قد شرط على العامل العمل بنفسه
بطلت بموته ان كان قبل ظهور الثمره ولو كان بعده ففيه نظر من سبق ملكه لها فلا يزول بموته ومن ان ملكه مشروط
بالعمل ولم يحصل واطلق جماعه من الاصحاب البطلان اذا شرط عليه العمل بنفسه والانسب ان يكون مشتركه
ح فلا يبطل ملكها بالموت ثم ان كان الميت المالك استمر العامل على عمله وقاسم الوارث وان كان الميت العامل
وكانت المساقاة وارده على عينه ولم يظهر الثمره بطلت وان ظهرت ففيه ما مر وان كانت وارده على ذمته قام
وارثه مقامه وليس للمالك منعه منه ولا اجباره عليه لو امتنع من العمل لان الوارث لا يلزمه حق لزم المورث الا ما امكنه
دفعه من ماله والعمل ليس مال المورث فلا يجب على الوارث كما لا يؤدى الحقوق من مال نفسه ثم ان خلف العامل تركة يجبر الوارث
من العمل ومن الاستيجار عليه من التركه فان امتنع منهما استاجر الحاكم عليه من التركه فان لم تتفق ذلك تخير المالك بين الفسخ والانفاق
من ماله بنيه الرجوع كما سياتى بحثه فيما لو هرب العامل وانما يجب على المالك تمكين الوارث او اجيره اذا كان امينا عارفا باعمال

المساقاة

المساقاة والا فله المنع ويبقى الاخر كما لو لم يبذل وهو كل اصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه احترز به عن نحو البطيخ والباذنجان
والقطن وقصب السكر فان هذه ليست كذلك وان تعددت اللقطات وبقى القطن ازيد من سنه لان اصول هذه لا بقاء لها
غالبا ولا ضبطا لها معلوم عادة فلا عبرة بالنادر منها فيصح المساقاه على النخل والكرم وشجر الفواكه لا يخفى ان النخل والكرم من جمله
شجر الفواكه فعطفه عليها تعميم بعد التخصيص وهو جائز لكنه لو فرضه وجعلهما من امثلته كان اوضح وفيما لا ثمر له اذا كان له
ورق ينتفع به كالتوت والحنا تردد منشاؤه من ان هذه المعامله باسمها على ضرب من الغرر بجهاله العوض على خلاف الاصل
فيقتصر فيها على محل الوفاق وهو شجر الثمر ومن ان الورق المقصود كالثمره فى المعنى فيكون مقصود المساقاه حاصلا به وفى بعض
الاخبار ما يقتضى دخوله والقول بالجواز لا يخلو من قوة ومثله ما يقصد زهره كالورد والمراد بالتوت المبحوث عنه الذكر
وهو الذى لا يقصد ثمرته اما الانثى المقصود منها الثمره فجائز اجماعا والتوت بالتائين المثناتين من فوق وفى لغة نادرة
بالثاء المثلثه اخرا اوردها الجوهرى ولو ساقى على ودى او شجر غير ثابت لم يصح اقتصارا على موضع الوفاق
الودى بكسر الدال المهمله بعد الواو المفتوحة والياء المشدده اخرا يعنى فسيل النخل قبل الغرس وفى القاموس انه صغار
الفسيل ولا خلاف فى عدم جواز المساقاه على غير المغروس منه الا من بعض العامه اما لو ساقاه على
ودى مغروس الى مده يحمل مثله فيها غالبا صح ولو لم يحمل فيها وان قصرت المدة المشترطه عن ذلك غالبا او على السواء لم
يصح انما صح فى الاول وان لم يحمل لان مرجع المساقاة الى تجويز ظهور الثمره وظنه بحسب العادة فاذا حصل المقتضى
صح وان تخلف كما لو ساقاه على الشجر الكبير واتفق عدم ثمره فى المده وح فلا اجره له على جميع العمل لقدومه على ذلك
والمعتبر فى صحه المساقاه ظن ثمره ولو فى آخر المده كما لو ساقاه عليه عشر سنين وكانت الثمره لا يتوقع الا فى العاشره
وح يكون الثمره فى مقابله جميع العمل ولا يقدح خلوها فى السنين فان المعتبر حصول الثمره ظنا فى جميع المده لا فى
مجموع اجزائها كما نظهر ذلك فى غيره من الشجر وحيث يقع باطله للعلم بالقصور عادة او احتمال الامرين فللعامل
اجرة المثل مع جهله بالفساد لا مع علمه على الاقوى واعلم انه قد استفيد من ذلك ان عدم الثمره غير قادح فى صحه
المساقاه اذا كان حصولها مظنونا عاده حين العقد وح يجب عليه اتمام العمل لو علم بالانقطاع قبله ومثله
ما لو تلفت الثمار كلها او اكلها الجراد او غصبها غاصب فانه فى جميع ذلك يجب على العامل اكمال العمل ولا اجرة له وان تضرر
كما يجب على عامل القراض انضاض المال وان ظهر الخسران بل هنا اقوى للزوم العقد ووجوب العمل واحتمل فى التذكرة
انفساخ العقد لو تلفت الثمار باسرها واستشكل الحكم الاول فارقا بين العاملين بان المباشر للبيع والشراء
فى القراض العامل فكان عليه انضاض المال بخلاف عامل المساقاه ويندفع بان المساقاة عقد لازم فلا يؤثر فيه تلف

العوض بخلاف القراض فاذا وجب على عامل القراض مع جوازه وكون تغره للمال باذن المالك فهنا اولى ويمكن ان يقال
ان تلف الثمرة هنا يكون كتلف العوض المعين من البيع المقتضي لبطلان البيع ونحوه وفيه نظر   الثالث المدة ويعتبر
فيها شرطان ان يكون مقدرة بما لا يحتمل الزيادة والنقصان وان يكون مما يحصل فيه الثمرة غالبا   المشهور بين الاصحاب اشتراط ضبط
المدة بما لا يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج وادراك الغلة وان كانت هي الغلة المعامل عليها وقوفا فيما خالف
الاصل واحترازا من الغرر والجهالة على موضع النص واكتفى ابن الجنيد بتقديرها بالثمرة المساقى عليها نظرا الى انه بالنسبة الى ثبوته
عادة كالمعلوم ولان المقصود منها هو العمل الى اكمالها ولان العقد مبني على الغرر والجهالة فلا يقدحان فيه ولا يخلو
الاول وان كان كلامه لا يخلو من قوة   واعلم ان الاتفاق على اشتراط تقديرها في الجملة كما قررناه اما تركها راسا
فيبطل العقد بها اجماعا ولان عقد المساقاة لازم كما تقدم ولا معنى لوجوب الوفاء به دائما ولا الى مدة غير معلومة
ولانه واحد لا سبيل الى الترجيح من غير مرجح نعم من قال من العامة انها عقد جائز لا يفتقر عنده تعيين المدة
لانتفاء المحذور الذي ذكرناه ولا حد للمدة من جانب القلة الا بما يغلب فيها حصول الثمرة وان كان شهرا كما اذا ساقاه
في اخر العمل بحيث بقي ما فيه للثمرة مستزاد يسير ولا في جانب الكثرة عندنا خلافا للشافعي حيث شرط ان لا تزيد على
ثلاثين سنة وهو تحكم   واطلاق المساقاة يقتضي قيام العامل بما فيه زيادة النماء من الرقي واصلاح الاجاجين
الضابط انه يجب على العامل مع الاطلاق كل عمل يتكرر كل سنة مما فيه صلاح الثمرة وزيادتها ومنه اصلاح الارض بالحرث
والحفر حيث يحتاج اليه وما يتوقف عليه من الالات والعوامل والاجاجين جمع اجانة بالكسر والتشديد والمراد بها
الحفر التي فيها الماء في اصول الشجر التي يحتاج الى السقي   وتهذيب الجريد المراد بتهذيبه قطع ما يحتاج الى
قطعه منه كالجرائد اليابس ومثله زبار الكرم وتعريش الكرم حيث تجري عادته به ونحو ذلك   والسقي وكذا مقدماته
المتكررة كالدلو والرشا واصلاح طريق الماء وتنقيتها من الحماة ونحوها واستقاء الماء وادارة الدولاب وفتح
راس الساقية وسدها عند الفراغ على ما يقتضيه الحاجة   وتعديل الثمرة وهو اصلاحها بازالة ما يضر بها
من الاغصان والورق ليصل اليها الهواء وما يحتاج اليه من الشمس وليتيسر قطعها عند الادراك ووضع الحشيش
ونحوه فوق العناقيد صونا لها عن الشمس المضرة بها ودفعها عن الارض حيث يضر بها ونحو ذلك   واللقاط بفتح
اللام وكسرها وهو لقاط الثمرة بمجرى العادة بحسب نوعها ووقتها فما يؤخذ للزبيب يجب قطعه عند حلاوته
في الوقت الصالح له وما يعمل دبسا فكذلك وما يعمل بسرا اذا انتهى الى حالة اخذه وما يؤخذ يابسا اخره وشبهه
واصلاح موضع التشميس ونقل الثمرة اليه   هذا فيما يفتقر الى التشميس وكما يجب اصلاح موضع التشميس
يجب تهيئة موضع يصلح له عادة ونقلها اليه ووضعها فيه على الوجه المعتبر وتقليبها في الشمس حيث

يحتاج اليه

فلو وضعها في غيره فحصل بسببه نقص ضمن   وحفظها اي حفظ الثمرة على اصولها وفي بيدرها
وفي طريق ايصالها الى مالكها ان لم يكن المالك قد تولى ذلك وهل نقلها الى منزل المالك او يده او من يقوم مقامه على
العامل يحتمله لانه تمام العمل وبعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وعدمه لانه ليس من اعمال الثمرة وانما هو قبضها
ولا يجب عليه كالشريك والضابط انه يجب عليه العمل الى وقت القسمة فلو اخل بشيء مما يجب عليه بالشرط تخير المالك
من فسخ العقد والزامه باجرة مثل العمل فان فسخ قبل عمل شيء فلا شيء له وان كان بعده فله الاجرة سواء كان قبل ظهور الثمرة
ام بعده قضية للشرط اما ما يجب عليه مع الاطلاق فالظاهر انه كذلك قبل ظهور الثمرة اما بعده ففيه نظر وليس ببعيد
الجواز ولو حصل على الاصل نقص بسبب التقصير لزمه الارش والظاهر ان الثمرة كذلك   وعلى صاحب الاصل
بناء الجدار ضابط ما يجب عليه ما لا يتكرر كل سنة كالدولاب والدالية ونحو ذلك وفي الحاق ثور الدولاب
به او بقر الحرث وجهان اما ما يتكرر غالبا كالدلو والرشا فهو على العامل خلافا لابن ادريس حيث اوجب الجميع
على العامل   وانشاء النهر ومثله الابار والتي انهارت دون اصلاحها وتنقيتها من الحماة ونحوها كما مر
والكش للتلقيح وقيل يلزم ذلك العامل وهو حسن   القول بوجوب الكش على المالك للاكثر لانه ليس من العمل وانما هو من
الاعيان التي تصرف الى مصلحة الثمرة ولاصالة البراءة من وجوبه على العامل والقول بوجوبه عليه لابن ادريس
لانه مما يتم به نماء الثمرة وصلاحها الواجبان عليه والاولى الرجوع فيه الى العادة ومع عدم اطرادها في شيء
فالاولى التعيين ومثله الحمر الذي يعمل للكرم والزبيب لعمل الزبيب وتسهيل الارض حيث يحتاج اليه   وفي التذكرة
ان شراء الزبل واجرة نقله على رب المال لانه ليس من العمل فجرى مجرى ما يلقح به وتفريق ذلك على الارض على العامل
كالتلقيح وهذا التفصيل مبني على وجوب الكش على المالك كما اشعر به تعليله والا فهو محل الاشكال كالاصل الذي الحق به
ولو شرط شيئا من ذلك على العامل صح بعد ان يكون معلوما الخ   جميع ما ذكرناه سابقا مما يجب على العامل والمالك
انما هو اطلاق العقد ولو شرطاه على من هو عليه كان تاكيدا ولا يقدح في العقد ولو شرطاه على الاخر منهما
فان شرط ما على المالك على العامل صح بعد ان يكون معلوما بينهما على وجه لا يحتمل الغرر وكذا لو شرط بعضه بطريق اولى
ولو شرط ما يجب على العامل على المالك فان كان جميعه بطل لما ذكره المصنف من ان الحصة انما يستحقها العامل بالعمل
فاذا رفعه عنه لم يستحق شيئا وان ابقى منه شيئا فيه مستزاد الثمرة صح وجعلت الحصة مقابلة للاصل
وعموم المؤمنون عند شروطهم ولا فرق بين ان يبقى عليه الاقل والاكثر عندنا ولو ابقى للعامل ما لا يحصل به
مستزاد الثمرة كالحفظ لم يصح ايضا لمنافاة وضع المساقاة كما لو ساقاه وبقي من العمل ذلك نعم لو جعلا
ذلك بلفظ الاجارة مع ضبط المدة صح   ولو شرط ان يعمل غلام المالك معه جاز لانه ضم مال الى مال

اشار بالتعليل الى جواب بعض العامة المانع من ذلك محتجا بان يده كيد مالكه وعمله كعمله فكما لا يصح اشتراط عمل المالك فكذا
غلامه المملوك ولانه مخالف لوضع المساقاة وهو ان يكون من المالك المال ومن العامل العمل وحاصل الجواب
ان عمل غلام المالك مال له منضم مال الى مال كما يجوز في القراض ان يدفع الى العامل بهيمة يحمل عليها والفرق بين الغلام
وسيده ظاهر فان عمل العبد يجوز ان يكون تابعا لعمل العامل ولا يجوز ان يكون عمل المالك تابعا لعمله لانه هو الاصل
ويجوز في التابع ما لا يجوز في المنفرد مع انا نمنع حكم الاصل فانا قد جوزنا ان يشترط على المالك اكثر العمل
اما لو شرط ان يعمل الغلام لخاص العامل لم يجز وفيه تردد والجواز اشبه المراد بالشرط هنا ان يعمل الغلام
في الملك المختص بالعامل او العمل المختص به اي الخارج عن المال المشترك بينه وبين مولاه جاز في المختص ووجه
المنع الموجب لتردده اولا انه شرط عملا في مقابلة عمله فصار في قوة اشتراط جميع العمل على المالك وفساده
ظاهر والمعروف ان المانع من ذلك الشافعي لكن المص والعلامة ذكرا المسئلة على وجه يشعر بالخلاف عندنا
وقد يكرر هذا منهما في مواضع كثيرة وكذا لو شرط عليه اجرة الاجراء او شرط عليه خروج اجرهم منهما
شرط العامل على المالك اجرة الاجراء يجري على وجهين احدهما ان يشترط عليه اجرة ما يحتاجه
العامل من الاجراء مما لا يقدر على مباشرته او لا يعتادها ونحو ذلك بحيث يكون منه عمل في الجملة فهو مستثنى من الشرع
وجواز هذا القسم واضح بعد ما ثبت من جواز اشتراط بعض العمل على المالك لكن يشترط هنا ضبط ما شرطه من ذلك
حذرا من الغرر وكذا لو شرط ذلك عليهما بطريق اولى وهذا القسم خالف فيه الشيخ رحمه الله فمنع من اشتراط
اجرة الاجراء الذين يستعان بهم لان موضوع المساقاة ان يكون من رب المال المال والعامل العمل وبالشرط
المذكور يكون من رب المال المال والعمل معا وكذا منع من اشتراط شيء مما على العامل على المالك مطلقا والاقوى الجواز فيهما
والثاني ان يشترط العامل على المالك ان يستاجر باجرة على جميع العمل ولا يبقى له الا الاستعمال والثمرة وفي صحة
هذا الشرط وجهان احدهما الجواز لان ذلك عمل تدعو الحاجة اليه فان المالك قد لا يهتدي الى الدهقنة واستعمال
الاجراء ولا يجد من يباشر الاعمال او يأتمنه فتدعو الحاجة الى ان يساقي من يعرف ذلك لينوب عنه في الاستعمال
وثانيهما المنع للشك في ان مثل ذلك لا يسمى عملا من اعمال المساقاة الذي هو شرط في صحتها فان المتبادر من
اعمالها خلاف ذلك والعقود انما يكون بتوقيف الشارع خصوصا في مثل هذا العقد الذي هو على خلاف
الاصل اذا تقرر ذلك فقول المص وكذا لو شرط الخ يمكن كونه معطوفا على الحكم بالجواز فيكون اشارة الى القسم
الاول مع امكان ان يريد الثاني ايضا ويمكن عطفه على التردد فيكون اشارة الى القسم الثاني مع امكان ان يريد به
الاول وانما قلنا ذلك لان الاول موضع رجحان مع احتمال المنع والثاني موضع تردد مع احتمال الجواز

ولذا لو شرط احدهما الانفراد بالثمرة لم يصح المساقاة لمخالفته لمقتضاها لانها لا تقتضي شرعا الشركة بينهما في الثمرة
فاذا اشترطت لاحدهما بطلت لكن يختلف الحكم بحسب فان شرطها ان كان للعامل فسدت والثمرة باجمعها للمالك وعليه للعامل
اجرة المثل لدخوله على العمل بالعوض فاذا لم يسلم له المشروط يرجع الى اجرة عمله اما اذا اشترطت للمالك فقد دخل العامل على
التبرع بالعمل فالاقوى انه لا اجرة له لان المتبرع لا اجرة له ولا حصة كما تقدم مثله في القراض ووجه احتمال
استحقاقه للاجرة ان المساقاة تقتضي العوض في الجملة فلا يسقط بالرضا بدونه وهو ضعيف وكذا لو شرط
لنفسه شيئا معينا وما زاد بينهما وكذا لو قدر لنفسه ارطالا او ثمرة نخلات بعينها الوجه في جميع ذلك مخالفته
لموضوع المساقاة فانها مبنية على الاشتراك في الثمرة على سبيل الشياع كما دل عليه النص وفعل النبي صلى الله عليه وآله
ولانه ربما لا يحصل الا ذلك القدر المعين فلا يكون للآخر شيء ويجوز ان يفرد كل نوع بحصة اذا كان العامل عالما
بمقدار كل نوع لان الغرض ثبوت حصة معلومة كيف كان فلو لم يعلم بمقدار احد الانواع لم يصح لجهالة الحصة حينئذ
فان المشروط فيه اقل الجزئين قد يكون اكثر الجنسين فيحصل الغرر ولو شرط مع الحصة من النماء حصة من الاصل
الثابت لم يصح لان مقتضى المساقاة جعل الحصة من الفائدة وفيه تردد وجه الفساد ما ذكر وان الحصة من الاصول
يدخل في ملكه فلا يكون العمل المبذول في مقابلة الحصة واقعا في ملك العامل ولا واجبا بالعقد اذ لا يعمل ان شرط عليه
العمل في ملك نفسه ومن عموم الامر بالوفاء بالعقود والمؤمنون عند شروطهم وان ذلك يجري مجرى اشتراط عوض
من ذهب او فضة وهو جائز وان كره والقول بالمنع اوجه ولو ساقاه بالنصف ان سقي بالناضح
وبالثلث ان سقي بالسائح بطلت المساقاة لان الحصة لم تتعين وفيه تردد وجه البطلان
واضح لان العمل مجهول والنصيب مجهول فهو كما لو قال بعتك بدينار مؤجلا وبنصفه حالا ويحتمل صحة ذلك لتعين
الحصة على التقديرين كما يصح الاجارة اذا قال ان خطته روميا فلك كذا وان خطته فارسيا فلك كذا ومن
ذلك يظهر منشأ التردد والاقوى البطلان ومسئلة الاجارة ان ثبتت فهي خارجة بدليل خارج ويكره
ان يشترط رب الارض على العامل شيئا من ذهب او فضة لكن يجب الوفاء بالشرط ولو تلفت الثمرة لم يلزم اما صحة شرط
ذلك فلعموم المؤمنون عند شروطهم وهو مع ذلك غير مناف لمقتضى العقد لان الثمرة مشاعة بينهما وهذا شرط زائد
واما كراهته فهو المشهور بين الاصحاب لا نعلم بينهم خلافا في ذلك والعامة اطبقوا على منعه وابطلوا به المساقاة
واما اذا تلفت الثمرة اجمع ومثله ما اذا لم يخرج فوجه سقوط المشروط انه لولاه لكان اكل مال بالباطل فان

العامل قد عمل ولم يحصل عوض فلا اقل من خروجه راسا براس نعم لو كان الشرط للعامل على رب الارض اتجه عدم سقوطه
لان الغرض من قبل العامل وهو العمل قد حصل والشرط قد وجب بالعقد فلا وجه لسقوطه وربما احتمل مساواته الاول وهو
ضعيف ولو كان التالف في الصورة الاولى البعض خاصة فالاقوى عدم سقوط شيء من المشروط لاصالة العدم ولان
المعتبر حصول عوض العمل ولا اعتبار بكثرته وقلته ومن ثم لا يسقط من العمل شيء بتلف بعض الثمرة او اكثرها ويحتمل ان
يسقط منه بالنسبة نظرا الى مقابلة الاجزاء بالاجزاء حيث قوبلت الجملة بالجملة وضعفه ظاهر

كل موضع يفسد فيه المساقاة فللعامل اجرة المثل والثمرة لصاحب الاصل   اما كون الثمرة لصاحب الاصل فظاهر
لانها نماء ملكه ولم يحصل ما يوجب نقلها عنه واما وجوب اجرة المثل للعامل فلانه لم يتبرع بعمله ولم يحصل له العوض
المشروط فيرجع الى الاجرة ويجب تقييده بما اذا كان جاهلا بالفساد ولم يكن الفساد باشتراط جميع الثمرة للمالك
اذ لو كان عالما به كان متبرعا بالعمل لانه بذل عمله في مقابلة ما يعلم انه لا يحصل واما مع شرط جميع الثمرة للمالك
فلدخوله على ان لا شيء له وان كان جاهلا وقد تقدم مثله لا يقال ان ايقاع العقد يقتضي امر المالك له بالعمل
فيلزمه الاجرة مطلقا لانه عمل له باجرة عادة والعامل ناصب نفسه للاجرة كما سيأتي ان شاء الله تعالى
لانا نقول امر المالك له بالعمل ليس مطلقا حتى يلزمه الاجرة كما هو المفروض في القاعدة وانما امره بعوض
مخصوص وهو الجزء من الثمرة مع علم العامل بعدم حصول ذلك بسبب الفساد فيكون كما لو امره بالعمل بغير اجرة
فانه لا يستحقها ومثله ما لو امره بالعمل مع كون الثمرة باسرها له لان لازم هذا الاذن وحاصلها
تبرع العامل نعم يبقى في المسألة بحث آخر وهو انه مع جهله بالفساد وكونه ليس من جهة ما يقتضي
عدم العوض ينبغي على ما قررناه ان يثبت للعامل اقل الامرين من الحصة المشترطة واجرة المثل لان الاقل
ان كان هو الاجرة فظاهر لان فساد العقد اسقط الحصة ورجع الى الاجرة وان كان الاقل هو الحصة
فالعامل قد قدم على ان لا يكون له سواها في مقابلة عمله حتى لو كانت في مقابلة عشر العمل لكان مسقطا للزائد فيكون
متبرعا بالزائد على هذا التقدير كما يتبرع به على تقدير اشتراط جميع الثمرة للمالك وعلى تقدير علمه بالفساد ويمكن ان يجاب
بالفرق بين الموضعين فانه على هذا التقدير لم يقدم على التبرع بعمله اصلا بل كما يحتمل ان يكون الحصة قاصرة عن
مقابلة العمل يحتمل مساواتها له وزيادتها عليه اضعافا مضاعفة فهو قادم على عمل بعوض محتمل للزيادة والنقصان
فليس متبرعا به مطلقا وان احتمل قصوره في بعض الاحوال بخلاف العالم وشرط جميع الحصة للمالك فانه قادم
في ابتداء

في ابتداء الامر على التبرع المحض على كل تقدير وهذا الفرق لا بأس به وان كان ما اقتضاه البحث موجها ايضا واكثر الاصحاب
اطلقوا وجوب اجرة المثل مع الفساد وفيه تردد   اذا استأجر اجيرا للعمل بحصة منها فان كان بعد بدو
صلاحها جاز وان كان بعد ظهورها وقبل بدو صلاحها بشرط القطع صح ان استأجره بالثمرة اجمع ولو استأجره
ببعضها قيل لا يصح لتعذر التسليم والوجه الجواز   اذا استأجر على العمل بجزء من الثمرة فان كان قبل ظهورها لم يجز
قولا واحدا لان عوض الاجارة يشترط فيه الوجود والمعلومية كعوض البيع وهما منتفيان هنا بخلاف عوض
المساقاة فانها جوزت كذلك وخرجت عن الاصل بالنص والاجماع ولمساس الحاجة وان كانت موجودة وكان قبل
بدو صلاحها بني على جواز بيعها بالبيع مطلقا او بشرط القطع وقد تقدم ان الاقوى الجواز مطلقا فيصح هنا كذلك
واشتراط المص هنا شرط القطع مبني على مذهبه في البيع وكان عليه ان يضم اليه الضميمة ايضا فانه يكتفي بها في البيع
عند شرط القطع فليكن هنا كذلك ولعله اكتفى بالاشارة الى بيانهما في الحكم اجمالا ويتفرع على ذلك ما لو كان الاستيجار
ببعضها فانه يتجه عدم الجواز لانها تصير حينئذ مشتركة والشركة تمنع من شرط القطع ولتعذر التسليم الموقوف
على اذن الشريك وقد لا يحصل والاصح الجواز لامكان القطع والتسليم بالاذن كما في كل مشترك ولو فرض امتناع
الشريك امكن باذن الحاكم ولو كان الاستيجار بجميع الثمرة فلا اشكال لانتفاء المانع ومع الاكتفاء بالضميمة على اشتراط
القطع يندفع ذلك كله وحيث لم يعتبر احدهما فلا اشكال في الموضعين   اذا قال ساقيتك على هذا البستان
بكذا على ان اساقيك على الآخر بكذا قيل يبطل والوجه الجواز   القول بالبطلان للشيخ رحمه الله في المبسوط
محتجا عليه بانه بيعتان في بيعة فانه ما رضي ان يعطيه من هذه الحصة الا بان يرضى منه من الآخر بالحصة الاخرى
وهكذا في البيع اذا قال بعتك عبدي هذا بالف على ان تبيعني عبدك بخمسمائة فالكل باطل لان قوله على ان تبيعني
عبدك انما هو وعد لا يلزم الوفاء به والحال انه قد نقص الثمن لاجله فاذا بطل ذلك رد الى الثمن ما نقص منه وهو مجهول
فيجهل الثمن قال ولهذا فارق ما اذا قال ساقيتك على هذين الحائطين بالنصف من هذا والثلث من هذا
لانها صفقة واحدة كما لو قال بعتك كذا وبعتك كذا الاول بمائة والثاني بمائتين وابن الجنيد عكس الحكم فقال لا
اختار ايقاع المساقاة صفقة واحدة على قطع متفرقة بعضها اشق عملا من بعض الا ان يعقد ذلك ويشترط
في العقد المعقود على الاخرى والاقوى صحة الجميع ومنع الجهالة التي ادعاها الشيخ لعموم الامر بالوفاء بالعقود
وما تضمنه من الشرط كالجزء منه ووجوب الوفاء بالشرط ولو فرض عدم الوفاء لا يقتضي ذلك رد الناقص من الثمن كما

ادعاه بن يسلط المشروط له على الفسخ كما فى الاخلال ببعض من الشروط واما ابن الجنيد فلم يذكر على مدعاه دليلا
ومقتضى الاصل جواز الامرين معًا   لو كانت الاصول لاثنين فما زاد والواحد ساقيناك على ان لك من حصة فلان
النصف ولك من حصة الاخر الثلث صح بشرط ان يكون عالما بنصيب كل واحد ولو كان جاهلا بطلت لجهل الحصة
اذا تعدد المالك واتحد العامل والعقد صحت المساقاة مع تساويهما فى الحصة المجعولة كالنصف والثلث سواء
علم حصة كل واحد منهم ام لا لان حصته معلومة من المجموع والمجموع معلوم ولا ضرر الى العلم بقدر حصة كل
منهما وان اختلفا فلا بد من معرفة العامل بقدر حصة كل منهما فى الملك لئلا يجهل حصته من النماء لانه حينئذ
بمنزلة عقدين ولا تقم فرق على تقدير العلم بحق كل واحد بين الاثنين والزائد عليهما فلو كان بستان واحد بين ثلاثة
بالسوية مساقوا عليه واحدا لعلم بقدر النصف على ان له من نصيب واحد النصف ومن نصيب الثانى الربع ومن الثالث
الثمن صح وتصح مسئلتهم من اربعة وعشرين مخرج السهام فى عدد الشركاء لكل واحد منهم ثمانية فللعامل من حصة
الاول اربعة ومن الثانى اثنان ومن الثالث واحد والباقى لهم على التفاوت المذكور ولو كان البستان لستة ملاك
بالسوية ساقوا عليه واحدا على ان له من نصيب واحد النصف ومن نصيب الثانى الربع ومن الثالث الثمن
ومن الرابع الثلثين ومن الخامس الثلث ومن السادس السدس صح وتصح مسئلتهم من مائة واربعة واربعين
لكل واحد منهم اربعة وعشرون فاخذ العامل ممن شرط له النصف اثنى عشر ومن الثانى ستة ومن الثالث
ثلثة ومن الرابع ستة عشر ومن الخامس ثمانية ومن السادس اربعة فيجتمع له تسعة واربعون وللملاك خمسة
وتسعون ويتفاوتون فيها على ما تقرر وطريق بلوغها ان مخارج الثلاثة الاول متداخلة يكتفى منها بمخرج الثمن
ومخارج الثلاثة الاخيرة متداخلة يكتفى منها بمخرج السدس يبقى ستة وثمانية وبينهما موافقة بالنصف
نضرب نصف احدهما فى الاخر ثم نضرب المرتفع وهو اربعة وعشرون فى عدد الشركاء وقس على هذا ما شئت
من فروض المسئلة ذكرنا منها هذا القدر للتدريب   اذا هرب العامل لم يبطل المساقاة فان بذل
عنه العمل باذل او دفع اليه الحاكم من بيت المال ما يستاجر عنه فلا خيار وان تعذر ذلك كان له الفسخ
لما كانت المساقاة من العقود اللازمة لم ينفسخ بمجرد هرب العامل ولا يتسلط المالك على فسخها به كما لا يملك فسخها
بامتناعه من العمل بغير هرب ثم ان تبرع المالك او غيره عنه بالعمل او بموته بقى استحقاقه بحاله والا رفع المالك امره الى
الحاكم ان وجده وثبت عنده المساقاة فيسعى الحاكم فى طلبه فان وجده اجبره على العمل وان لم يجده وجد له مالا استاجر
منه من يتم العمل لانه مستحق عليه فان لم يجد له مالا اقترض من بيت المال ولو قرضا ان كان فيه وسعة فان لم يسع اقترض
عليه الحاكم او استاجر باجرة مؤجلة الى وقت ادراك الثمرة ولو فقد جميع ذلك اما بعدم من بذل ذلك او الحاكم او لعدم
امكان اثبات العقد عنده او لعدم بسط يده او لفقده تخير المالك بين فسخ المساقاة دفعا للضرر وابقائها
فان فسخ

فان فسخ صارت الثمرة له وعليه اجرة مثل عمله قبل لانه عمل محترم صدر باذن المالك فى مقابلة عوض وقد فات
بالفسخ بعد تمته وهو الاجود لكن انما يفسخ اذا كان ذلك قبل ظهور الثمرة او بعده اذا لم يمكن بيعها او بعضها للانفاق
على العمل او لم يف به والا باعها او بعضها ان امكن الاجتزاء به واتفق والا فسخ لزوال الضرر ولو لم يوجد راغب
فى البعض مع الاكتفاء به فى العمل باع الجميع وحفظ الباقى للعامل وان لم يفسخ والحال انه قد تعذر اذن
الحاكم والمتبرع اشهد على نية الرجوع ورجع على الاقوى   ولو لم يفسخ وتعذر الوصول الى الحاكم كان له
ان يشهد انه يستاجر عنه ويرجع عليه على تردد ولو لم يشهد لم يرجع   الاولى ان يراد بتعذر الوصول الى الحاكم
تعذر الوصول الى اذنه كما قلناه سابقا سواء كان موجود ولم يمكن استيذانه لعدم امكان اثبات الحق عنده
ام لا لغيبة ذلك وفى حكم تعذره بعده عنه بحيث يتوقف الوصول اليه على مشقة كثيرة وح فهل له ان يشهد ويرجع
تردد المصنف فى ذلك من لزوم الضرر بدونه وهو منفى بالآية والخبر ومن اصالة عدم التسلط على مال الغير وثبوت
شئ فى ذمته بغير امره او من يقوم مقامه والا قوى الرجوع ح مع نيته ومفهوم قوله ولو لم يشهد لم يرجع
انه على تقدير القول بجواز الرجوع مع الاشهاد لو لم يشهد لم يرجع سواء امكنه الاشهاد ام لم يمكن لانه شرط
فى جواز الرجوع كاذن الحاكم فيسقط بدونه وهذا احد الاقوال فى المسئلة والثانى انه يرجع
مع تعذر الاشهاد لا مع امكانه كما فى اذن الحاكم دفعا للحرج والضرر والثالث انه يرجع مع
نيته مطلقا وهو الاقوى اذ لا مدخل لشهادة الشاهدين فى التسلط على مال الغير واثبات شئ فى ذمته
ولا ولاية لهما على العامل وانما فائدتهما التمكن من اثبات الحق وهو امر آخر والمقتضى لعدم الرجوع هو نية التبرع
او عدم نية الرجوع ولا اصالة عدم الاسقاط فعلى هذا اثبت حقه فى ذمته بما يثبته وبين الله تعالى ويحتمل
قويا قبول قوله مع يمينه لان الاصل ان الانسان لا يتبرع بعمل يحصل منه غرامة عن الغير
اذا ادعى ان العامل خان او سرق او اتلف او فرط فتلف فانكر فالقول قوله مع يمينه اى القول قول
العامل فى ذلك كله لانه امين ونائب عن المالك فى حفظ حصته كعامل القراض والاصل عدم ذلك كله
قال فى التذكرة وانما تسمع دعوى المالك فى ذلك كله اذا حرر الدعوى وبين قدر ما خان به ثم يقبل قول العامل مع
يمينه ان لم يكن بينة وهذا ابناء منه على ان الدعوى المجهولة لا تسمع مع ان مذهبه فى باب القضاء
اسماع الدعوى المجهولة فلو قلنا بسماعها كما هو الاجود كفى فى توجيه الدعوى مجرد دعوى احد هذه الامور
من غير احتياج الى بيان القدر وهذه قاعدة مبانيها اليق فلا وجه لتخصيص البحث منها بهذه الدعوى
ويتفرع على ثبوت الخيانة هل يرفع يده او يستاجر من يكون معه من اصل الثمرة الوجه
ان يده لا ترفع عن حصته من الربح   المالك رفع يده عما عداه   الوجه وجهه لان الناس مسلطون
على اموالهم فلا وجه لرفع يد مالك عن ملكه لاجل مالك آخر ووجه الرفع ان اثبات يده على حصته يستلزم
اثباتها على حصة المالك وذلك غير جائز فيما يتوقف عليه الواجب وهو رفع يده عن حصة المالك واجب وهو

رفع يده عن حصته وضعفه ظاهر وقد ترجح لاحد الحقين بلا مرجح وكذلك استيجار من يكون معه من الاصل فان ذلك
حقه فلا يقع بدون اذنه غايته ان المالك اذا لم يرض باستيمانه ضم اليه من شا ليكون امينا على حصته نعم لو لم يمكن حفظه
مع الحافظ توجه رفع يده عن الثمرة اجمع واخراج اجرة العامل من البين لان العمل واجب عليه وقد تعذر فعله بنفسه فيكون كما لو
هرب ويحتمل مساواتها للاول لمنع تعذر العمل من جهته بمجرد خيانته ولو ضم المالك امينا كانت اجرته على المالك
خاصة لانه نائبه والقائم مقامه في حفظ ماله وعمله لمصلحته والعامل انما يجب عليه العمل وهو باذل له وخيانته
لا تمنع ذلك وخالف فيه بعض العامة فجعلها على العامل لانه مؤنة والحفظ عليه وهو ضعيف لانه باذل
للحفظ اذا ساقاه على اصول فبانت مستحقة بطلت المساقاة والثمرة للمستحق وللعامل الاجرة على
المساقي لا على المستحق اما كون الثمرة للمستحق فظاهر لانها نما ملكه ولم ينتقل عنه بوجه وسبق نظيره كما اذا لم يجز
المساقاة لان المساقي الغاصب لا يقصر عن كونه فضوليا ولا يقال ان مثل ذلك لا يتصور فيه اجازة المساقاة مع
وقوع العمل الذي هو عوض فكيف يرضى بدفع العوض وهو الحصة مع ثبوتها له مجانا لان هذا الاستبعاد انما يتم لو كان
الظهور بعد تمام العمل والمسئلة مفروضة فيما هو اعم منه فيمكن ان يبقى من العمل ما يؤثر المستحق معه دفع الحصة في مقابلة
الباقي لان الاعواض لا تنضبط واما ثبوت اجرة العامل على المساقي فلانه استدعى منه عمله في مقابلة عوض
ولم يسلم له فلم يدخل متبرعا وفي قول المص فبانت مستحقة اشارة الى ان العامل جاهل بالاستحقاق
فلو كان عالما لم يرجع على المالك بشيء كما اسلفناه والفرق بين ظهور استحقاق الثمرة وبين هلاكها او سرقتها
حيث يثبت الاجرة للعامل في الاول دون الثاني ان الاستحقاق يوجب فساد العقد حيث لم يجزه
المالك وفساد العقد يوجب الرجوع الى الاجرة على ما فصل بخلاف هلاك الثمرة وسرقتها وما شاكلهما
فان العقد معه صحيح فلا يستحق العامل سوى الحصة وان فاتته لان ذلك مقتضى عقد المساقاة على تقدير
صحته ولو اقتسما الثمرة وتلفت كان للمالك الرجوع على الغاصب بدرك الجميع ويرجع الغاصب
على العامل بما حصل له وللعامل على الغاصب اجرة عمله او يرجع على كل واحد منهما بما حصل له وقيل له الرجوع
على العامل بالجميع ان شاء لان يده عادية والاول اشبه الا ان يكون العامل عالما به اذا ظهر
استحقاق الاصول بعد ظهور الثمرة فلا يخلو اما ان يكون باقية او تالفة وتلفها اما ان يكون في يد
العامل او المساقي على وجه يضمن لو كان مالكا وعاملا او لا معه بعد القسمة او قبلها مع علم كل منهما
بكونها مستحقة للغير او لا معه ومع ادعاء المالك الملك وتسليم العامل له ذلك قطعا او عملا بالظاهر
او لا معه فهذه خلاصة اقسام المسئلة التي يختلف الحكم باختلافها واما حكمها فنقول ان كانت الثمرة
باقية وجب ردها على مالكها الذي قد ثبت ظاهرا انها عين ماله ومع تلفها فان كان بعد القسمة

وتلف كل حصة في يد المستولي عليها تخير المالك في الرجوع على كل منهما بالجميع والبعض لان كلا منهما ضامن لجميع الثمرة
بوضع يده عليها فان رجع على الغاصب بالجميع كان للغاصب الرجوع على العامل بنصف الثمرة الذي استهلكت
لانه لم يملكها العامل لفساد العقد ظاهرا وقد اخذ المالك عوضها من الغاصب فكانت حقا له لخروجها عن ملك
المالك باخذ عوضها من الغاصب فلا يجمع بين العوض والمعوض ويبقى للعامل على الغاصب الاجرة هذا اذا لم يصرح
الغاصب بكونه مالكا والا لم يكن له الرجوع على العامل بشيء لاستلزام دعواه انه لا حق له على العامل
لانه اخذ الحصة باستحقاق والمدعى ظلمه باخذ العوض منه فلا يرجع على غير ظالمه وكذلك ثبوت
اجرة المثل للعامل مقيد بما اذا لم يصرح بملك المساقي فانه يستلزم دعوى كون المدعي مبطلا والدعوى غير
صادقة وانه لا حق له الا الحصة نعم لو كان اعترافه مبنيا على ظاهر اليد قبل رجوعه وان رجع على العامل
بالجميع بناء على انه قد اثبت يده على جميع الثمرة فاستحق المالك الرجوع عليه رجع العامل على الغاصب بنصف
الثمرة التي اتلفها وباجرة مثله مع جهله ومع علمه لا يرجع باجرة مثل حصته الغاصب خاصة لقرار الضمان
على من يتلف في يده وان رجع على كل منهما بما صار اليه جاز لان قرار ضمانه على من يتلف في يده فلا رجوع
به من اول الامر ويرجع العامل على الغاصب لغروره ولو تلف الجميع في يد الغاصب نظر هل كانت يده عليه
يدا امانة او يد ضمان مترتب على كل منهما مقتضاه اذا تقرر ذلك فقد اختار المص ان المالك ليس له
الرجوع على العامل بالجميع بعد حكايته القول بجوازه ووجه ما اختاره ان العامل لا يثبت يده
على الثمرة بالعمل وانما هو راع لها وحافظ ونائب عن المساقي فلا يضمن الا ما حصل في يده حتى لو تلف
الثمرة باسرها بغير فعله قبل القسمة او غصبت لم يضمن لان يده لم يثبت عليه بل يد العامل مستدامة حكما
والاقوى ما اخترناه من جواز الرجوع عليه بالجميع لان يده على جميع الثمرة وان كانت بالنيابة واستدامته
يد المساقي لا يرفع يده ليس للعامل ان يساقي غيره لان المساقاة انما يصح على اصل مملوك للمساقي
الاصل في هذه المعاملة ان تقع على الاصول المملوكة للمساقي والعامل لا يملك منها سوى الحصة
من الثمرة بعد ظهورها كما قد علم من تعريفها وبعض احكامها ومن ثم لم يجز للعامل ان يساقي غيره
بخلاف المزارعة فان مساقاته للاصل على المعاملة على الارض بحصة من حاصلها وباقي اللوازم
الاصل فيها ان يكون على العامل اذ لا يقتضي تعريف المعاملة على الارض ازيد من ذلك ولما كان المقصود

صوابه وللعامل

بالذات في المعاملتين هو الحاصل والارض مقصودة بالعرض كان لعامل المزارعة انتزاع غيره لان البذر الذي تفرع منه
الحاصل منه كان البذر في ذلك كالاصول في المساقاة فيتعامل عليه من يملكه بخلاف المساقاة فان عمل الاصول مقصود بالذات
لمالكها ايضا كالثمرة فلا يجوز ان يعامل عليها غيره لانه لاختلاف الناس في العمل وتفاوت الاغراض فيه ويعلم من هذا ان البذر
لو كان من رب الارض لم يجز للعامل مزارعة غيره وقد تقدمت الاشارة اليه وربما اشكل الحكم فيما لو ظهرت الثمرة وبقي فيها عمل
يحصل به زيادة فيها فان المساقاة حينئذ جايزة وللعامل يصير شريكا فيها فيتسلط عليها بالعقد كتسلط المزارع على الارض
وكلاهما مقصود بالعرض والمقصود بالذات هو الثمرة وهي مملوكة للعامل الا انه اذا ساقاه حينئذ لا تجعل الحصة الا مما يملكه
اذ ليس له تصرف في مال المالك وعمله معين عليه فان قيل ان المعاملة لا تكون الا على الاصول كما قد علم
وهي ليست مملوكة فلا يسعه ملك ايضا قلنا وكذلك المعاملة في المزارعة انما هي على الارض وهي ليست مملوكة له وتسلطه
على البذر كتسلطه على الثمرة هنا اذ لا ينتقل منها الا ما هو ملكه وربما فرق بان ملك الارض ليس بشرط في صحة المزارعة
بل يكفي فيها اشتراكهما في باقي الثلاثة التي تحصل بها الزرع وهي البذر والعمل والعوامل وعلى هذا الفرق سهل لان
متعلق المساقاة الاصول يعتبر من مالكها ومتعلق المزارعة البذر يعتبر من مالكه خاصة الا انا قد بينا سابقا ان ملك
الارض معتبر في صحتها بل حقيقتها شرعا ليست الا المعاملة عليها على الوجه المذكور ومع ذلك يقع الاشكال في صورة
كون مالكا للارض ولا يجوز ما يحصل من الجواب بان الارض لا يقصد عليها بالذات وانما يقصد الزرع فالعبرة فيه بمالك
البذر وفي المساقاة يقصد بالعمل الاصول والثمرة معا كلاهما بالذات فلا يقع الا من مالكه او من باذن له
خراج الارض على المالك الا ان يشترط على العامل او بينهما   الخراج في الارض الخراجية كالمسوجه عنق تكون
على الارض مع خلوها عن الشجر وعلى الشجر المغروس فيها بواسطة الارض لا زحو المسلمين انما هو في الارض لا في الشجر
ولذلك اطلق المص نسبة الخراج الى الارض وان كان قد يوضع على الشجر وانما كان على المالك لانه يتبع غراسه
فيها الا ان يشترطه على العامل او عليهما فيجب حسب ما شرط لكن يجب ان يشترط عليهما بقدره ليصح اشتراطه في العقد
اللازم لئلا يجهل العوض ولو زاد السلطان بعد ذلك فهو على المالك الا على حكم ما شرط وقد تقدم مثله في المزارعة
الفائدة يملكها بالظهور ويجب الزكوة فيها على كل واحد منهما اذا بلغ نصيبه نصابا   اما كون الفائدة
يملكها بظهورها فمما لا نعلم فيه خلافا وفي التذكرة اسند الحكم الى علمائنا وهو ظاهر في الاجماع عليه لانه جمع
مضاف يفيد العموم والخلاف فيه مع بعض العامة حيث جعل ملك العامل موقوفا على القسمة ووجه المختار مع
الاجماع ان مقتضى الشرط كون الثمرة بينهما وصحته يقتضي ثبوت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة والثمرة متحققة بالظهور
ويتفرع على ذلك وجوب الزكوة على من بلغ نصيبه منهما نصابا بالتحقق شرط وجوب الزكوة وهو ملك الثمرة قبل تحقق الوجوب

دينوها

ويتوها في ملكه والحكم بهذا التفريع لازم بعد ثبوت الاصل وقد خالف فيه من اصحابنا السيد بن زهرة رحمه الله تعالى
فاوجب الزكوة على من كان البذر منه خاصة محتجا عليه بان الحصة للاخر كالاجرة وضعفه ظاهر لان الحصة هنا قد
ملكت بعقد المعاوضة في وقت يصلح لتعلق الزكوة بها لا بطريق الاجرة ثم لو سلم كونها كالاجرة مطلقا لاجرة لا يمنع
من وجوب الزكوة بل اذا تعلق المالك بها بعد الوجوب اذ لو استاجره بزرع قبل بدو صلاحه واجر المالك
الارض بالزرع كذلك لوجبت الزكوة على مالك الاجرة كما لو اشترى الزرع كذلك نعم لو كان مذهبه ان
الحصة لا يملكها من لا بذر له بالظهور بل بعد بدو صلاح الثمرة ونحوه امكن ترتب الحكم لكنه خلاف اجماع الاصحاب
ومع ذلك لا يتم تعليله بالاجرة بل بتاخر ملكه عن الوجوب قال ابن ادريس رحمه الله اني راجعته في هذا الحكم
وكاتبته الى حلب ونبهته على فساده فلم يقبل واعتذر باعذار غير واضحة وابان بها انه ثقل عليه الرد
ولعمري ان الحق ثقيل كله وما قاله رحمه الله هو على ما قاله وفي المختلف ان قول ابن زهرة ليس بذلك البعد من الصواب
وهو خلاف الظاهر والظاهر ان الحامل له على ذلك كثرة تشنيع ابن ادريس عليه اذا تقرر ذلك فنقول على المشهور يجب الزكوة
على المالك في نصيبه اذا بلغ نصابا كيف اتفق اذ لا مؤنة عليه ويعتبر ان يحصل بالشرط او بغيره بعد بعدها فاما العامل فيعتبر
في الوجوب عليه على القول باستثناء المؤنة تقادير النصاب بعدها او مطلقا مع استثنائها على ما تقدم تفصيله في الزكوة
وعلى قول السيد رحمه الله يجب على مالك البذر الزكوة في نصيبه قطعا واما حصة الاخر فهل يجب عليه زكوتها ينبني
على ان مبنى حكمه ذلك هل هو على تاخر الملك عن بدو الصلاح ام على ما يظهر من توهمه انه كالاجرة وان قلنا بملكه له بالظهور
فعلى الثاني لا يجب زكوتها على مالك البذر لخروجها عن ملكه حين تعلق وجوب الزكوة وعلى الاول يكون من جملة المؤن فان
لم يستثنها وجب زكوتها عليه لان انتقالها عن ملكه حصل بعد تعلق الوجوب كما يجب الزكوة على البائع لو باع الثمرة
بعد بدو الصلاح وان استثنينا المؤنة كان من جملتها وحكمها في تتمة النصاب وعدمه حكم المؤنة المتاخرة عن بدو
الصلاح والاقوى انها لا تتمم النصاب بل يزكى الباقي بعدها وان قل   اذا دفع ارضا الى غيره ليغرسها على ان
الغرس بينهما كانت المغارسة باطلة والغرس لصاحبه ولصاحب الارض ازالته والاجرة وعليه ارش النقصان بالقلع
المغارسة معاملة خاصة على الارض ليغرسها العامل على ان يكون الغرس بينهما وهي مفاعلة منه وهي باطلة عندنا وعند
اكثر العامة لان عقود المعاوضات موقوفة على اذن الشارع وهي منتفية هنا ولا فرق بين ان يكون الغرس من مالك الارض
ومن العامل ولا بين ان يشترط بملك العامل جزءا من الارض مع الغرس وعدمه وحيث كانت باطلة فالغرس لصاحبه فان كان

فان كان لصاحب الارض فعليه للعامل اجرة مثل عمله لانه لم يعمل مجانا بل بحصة لم يسلم له وان كان للعامل فعليه اجرة المثل
للارض عن مدة شغله لها ولصاحب الارض قلعه لانه غرس غير مستحق للبقاء فيها لكن بالارش لصدوره بالاذن فليس بعرق ظالم والمراد
بالارش هنا تفاوت ما بين قيمته في حالتيه على الوضع الذي هو عليه وهو كونه حال غرسه باقيا باجرة ومستحقا للقطع
بالارش وكونه مقلوعا لان ذلك هو المعقول من ارش النقصان لا تفاوت ما بين قيمته قائما مطلقا ومقلوعا اذ
لا حق له في القيام كذلك ليستوعب تلك الحالة ولا تفاوت ما بين كونه قائما مستحقا للقلع ومقلوعا لتخلف بعض اوصافه
ايضا كما بيناه ولا من كونه قائما مستحقا للارش ومقلوعا لتخلف وصف القيام باجرة وهذه الوجوه
المنفية ذهب الى كل منها بعض اختار الثاني منها الشيخ علي رحمه الله والاخير فخر الدين في بعض ما نسب اليه
والاخر من لا يعتد بقوله والاول مع سلامته من ذلك لا يخلو من دور لان معرفة الارش فيه متوقفة على معرفته حيث
احد وجديه والظاهر ان القيمة لا تختلف باعتباره وان تقديره كذلك كتقديره مقلوعا وقائما باجرة فلا يضر مثل
هذا الدور ولهذا الارش نظائر كثيرة يعدم بعضها ويجب على العامل مع ذلك ارش الارض لو نقصت به وطم الحفر خصوصا
لو قلعه بغير امر المالك وقلع العروق المتخلفة عن المقلوع ولم يفرق الاصحاب في اطلاق كلامهم بين العالم
بالبطلان والجاهل بل يعللهم يؤذن بالتعميم ولا يبعد الفرق بينهما وان لا اجرة لصاحب الارض مع علمه
ولا ارش لصاحب الغرس مع علمه اما الاول فللاذن في التصرف فيها بالحصة مع علمه بعدم استحقاقها فلطلبه
بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه ويمكن دفعه بان الامر لما كان منحصرا في الحصة او الاجرة لم يكن الاذن من المالك
تبرعا فله الاجرة لفساد المعاملة والغرس لما كان باذن المالك وان لم يكن بحصة يعرقه ليس ظالما فيكون مستحقا
للارش فـرع لو كان الغرس من مالك الارض لكن العامل ركب فيه نوعا آخر كما في شجر التوت ونحوه
فالمركب للغارس ان كان اصله ملكه وكذا نماؤه مدة بقائه وعليه مع اجرة الارض اجرة اصول الغرس ايضا
وللمالك ازالة المركب بالارش كما مر ولو دفع القيمة ليكون الغرس له لم يجبر الغارس وكذا لو دفع الغارس
الاجرة لم يجبر صاحب الارض على التبقية عدم اجبار كل منهما واضح لانه معاوضة مشروطة بالتراضي وكان
ذلك غير لازم في الغصب فهنا اولى وخالف في بعض كتبه العلامة فخير المالك بين ان يكلف الغارس القلع ويضمن له الارش
وبين ابقائها ويضمن له القيمة كما وهو استنابة في الحفظ
كتاب الوديعة
عرف المصنف عقد الوديعة ولم يعرفها نفسها مع انها اولى به ولعله جرى على ما اسلفه من ان هذه المفهومات
عبارة عن العقد المفيد لتلك الفائدة كما قد علم من تعريفه البيع بانه العقد وكثير مما بعده فيكون الوديعة على
هذا التعريف هي العقد المفيد للاستنابة في الحفظ كما عرفه غيره ولما كان العقد مركبا من الايجاب والقبول لم يكن العقد
هو الاستنابة خاصة لانها هنا تفيد فائدة الايجاب ولا بد من ضميمة ليدخل القبول بان يقول هي الاستنابة
وقبولها ونحو ليتم العقد فانه يقال للمودع استنابة في الحفظ ولا يقال للمستودع ذلك الا اذا جعل

بمعنى ايجاب

ايجاب وهو بعيد او نقول ان القبول هنا بالقول ليس بشرط بل يقوم الفعل مقامه فكان المتوقف عليه العقد هو الايجاب
خاصة وان كانت الوديعة لا يتم الا بهما الا ان التعريف هنا للعقد او نقول ان تحقق الاستنابة يستلزم قبولها اذ لو ردها
بطلت ولم يحصل لها اثر فاطلقها عليها لذلك ويرد على التعريف في طرده الوكالة فانها بمعنى الاستنابة في حفظ ما وكل
في بيعه ونحوه وجوابه ان حقيقة الوكالة ليست هي الاستنابة في الحفظ بل الاذن فيما وكل فيه والحفظ تابع من توابعها
بخلاف الوديعة فان حقيقتها الاستنابة والتعريف انما يكون لذات الشيء لا للوازمه وعوارضه واجيب
ايضا بالتزام اشتمال الوكالة على الوديعة من حيث تضمنها الحفظ وما ذكرناه اجود ويفتقر الى ايجاب
وقبول ويقع بكل عبارة دلت على معناه مقتضى كونه عقدا تركبه من الايجاب والقبول القوليين ومقتضى
جوازه عدم انحصاره في عبارة بل يكفي كل لفظ دل عليه ولا يعتبر فيه التصريح بل يكفي فيه التلويح والامارة المفهمة
لمعناه اختيارا ويكفي الفعل الدال على القبول الطلق المص هنا وجماعة انه يكفي القبول الفعلي مع اعترافهم
بكونها عقدا نظرا الى ان الغاية منها انما هو الرضا بالاستنابة وربما كان العمل فيه اقوى من القول باعتبار
التزامه به ودخوله تحت ضمانه لو قصر بخلاف القبول القولي فانه وان لزمه ذلك شرعا الا انه
ليس صريحا في الالتزام من حيث انه عقد جائز فاذا فسخه ولم يكن قبضه لم يظهر اثره والذي يوجب الحفظ
الى ان يرده على مالكه لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهذا حسن الا ان فيه بعض الخروج عن حقيقة
العقد ومن ثم ذهب بعض العلماء الى انها اذن مجرد لا عقد وفرع عليه عدم اعتبار القبول القولي واخرون
الى ان الايجاب ان كان بلفظ اودعتك وشبهه مما هو على صيغ العقود وجب القبول لفظا وان قال احفظه ونحوه
لم يفتقر الى القبول اللفظي كالوكالة وهو كلام موجه واعلم انه لا يجب مقارنة القبول هنا للايجاب سواء اعتبرناه
قوليا ام اكتفينا بالفعلي ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها اذا لم يقبلها المراد بالقبول هنا
القبول الفعلي خاصة لان القبول اللفظي غير كاف في تحقق الوديعة قطعا بل لا بد معه من الايجاب ولم يحصل
هنا بمجرد الطرح واما الفعل فقد عرفت انه يجب معه الحفظ سواء تحققت الوديعة ام لا نظرا الى ثبوت
حكم اليد وحيث يحصل القبول الفعلي هنا انما يجب حفظها لانها صارت وديعة شرعية وعبارة المصنف
لا تدل على ازيد من ذلك لانه قال لم يلزمه حفظها ولم يقل لم يصر وديعة وذلك لان طرح المالك لها اعم من اقترانه
بما يوجب الايجاب وهو الاستنابة في الحفظ لما عرفت ان الايجاب يحصل بالقول الصريح والاشارة
والتلويح فينظر هنا فان حصل مع الطرح ما يفيد ذلك كان القبول في قول المص اعم من كونه فعليا وقوليا
وان لم يحصل معه ما يدل على الايجاب فالمعتبر في وجوب الحفظ القبول الفعلي خاصة لكن قوله طرح
الوديعة لا يخلو من قرينة ان يريد بالطرح الايداع بواسطة تسميتها وديعة فانه لغة وعرفا هي
المال المودع وشرعا هي العقد المفيد للاستنابة في حفظه ونقول ان القبول يقتضي سبق ايجاب

م فعلى ب

وان وجب حفظها لذلك الا انه قد توسع في اطلاق القبول من غير سبق ايجاب مطلقا ويتحصل من ذلك صور الاولى
ان يضع المال عنده ولا يحصل منه ما يدل على الاستنابة في حفظه فعلا ولا قولا ولا اثر له في الضمان ولا في وجوب الحفظ
الثانية ان يقبله فعلا بان يقبضه الموضوع عنده فيضمنه ويجب عليه حفظه الى ان يرده على مالكه للتخيير
الثالثة ان يلفظ المالك مع الطرح بما يدل على الايداع فيقبل قولا او فعلا فيجب عليه الحفظ باعتبار الوديعة ولا ضمان
الا مع التقصير الرابعة ان يقبله قولا او فعلا باسم الوديعة كما مر واما لو طرحها عنده متلفظا بالوديعة
ام لا ولم يحصل من الموضوع عنده ما يدل على الرضا قولا ولا فعلا لم يجب عليه حفظها حتى لو ذهب وتركها فلا ضمان
عليه لكن ياثم ان كان ذهابه بعد ما غاب المالك لوجوب الحفظ ح من باب المعاونة على البر واعانة
المحتاج فيكون واجبا على الكفاية ولو انعكس الفرض بان يقبض الوديعة ولكن غاب المستودع وتركها والمالك
حاضر عندها فهو رد للوديعة ولو كان المالك غائبا ضمن كذا جزم في التذكرة ويشكل تحقق الرد بمجرد الذهاب
عنها مع حضور المالك لاصالة بقاء العقد وكون الذهاب اعم منه ما لم ينضم اليه قرائن تدل عليه وقد ظهر
بما قررناه فساد ما ذكره بعضهم من ان قول المص ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها ما لم يقبلها منه دلالة على
جواز كون الايجاب فعلا لان مفهومه انه لو قبلها لزمه الحفظ الدال على تحقق الوديعة ولم يحصل من المالك ايجاب
قولي بل مجرد الطرح وانت قد عرفت ان وجوب الحفظ المرتب على الفرض اعم من كونه بسبب الوديعة
لانه قد يكون بسبب التصرف في مال الغير ولو اكره على قبضها لم يصر ودعيه ولا يضمنها لو اهمل اي
اهمل حفظها فانه غير واجب عليه بسبب الاكراه لكن يجب تقييده بما اذا لم يضع يده عليها بعد زوال الاكراه
مختارا فانه ح يجب عليه الحفظ باليد الجديدة وان لم يجب بالاكراه وهل يصير بذلك وديعة ام امانة شرعية
يحتمل الاول لان المالك كان قد اذن له واستنابه في الحفظ غايته انه لم يتحقق معه الوديعة لعدم القبول الاختياري
وقد حصل الان والمقارنة بين الايجاب والقبول غير لازمة ومن الغاء الشارع ما وقع سابقا فلا يترتب عليه اثر
ويشكل بان الغاءه بالنظر الى المعاوض لا بالنظر الى المالك ويمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختيارا بنية الاستيداع
وعدمه فيضمن على الثاني دون الاول اعطاء لكل واحد حكمه الاصلي واذا استودع وجب عليه الحفظ
اي قبل الوديعة وان كان الاستيداع اعم منه وانما يجب عليه الحفظ ما دام مستودعا لان ذلك هو مقتضى
تعلق الحكم على الوصف والا فان الوديعة من العقود الجائزة وجواز ردها في كل وقت ينافي وجوب الحفظ لا يقال
وجوب الحفظ اعم من كونه بسبب الوديعة وغايته ما يفرض ان يفسخ فيها في الحال ومع ذلك يجب عليه حفظها
الى ان يردها الى مالكها فيصدق وجوب الحفظ على كل حال في الجملة لانا نقول وجوب الحفظ الى ان يرد
وان كان واجبا الا انه قد لا يتحقق في الوديعة بان يكون المستودع مقيما عند المالك بحيث لا يتوقف

الرد على زمان

الرد على زمان فلا يتوقف التقريب الا بما ذكرناه من وجوبه ما دام مستودعا ونقول ان الوديعة وان كانت جائزة لكن
لا ينافي وجوب الحفظ فان الواجب على المستودع احد الامرين اما الحفظ او الرد على المالك فالحفظ واجب مخير يصح اطلاق الوجوب عليه
بقول مطلق واعلم ان قبول الوديعة الذي يترتب عليه حكم الحفظ قد يكون واجبا كما اذا كان المودع مضطرا الى الاستيداع
فانه يجب على كل قادر عليها واثق بالحفظ من نفسه قبولها منه كفاية ولو لم يوجد غير واحد تعين عليه الوجوب وفي هذا الفرد من
وجوب الحفظ واضح وقد يكون مستحبا مع قدرته وثقته من نفسه بالامانة وكون المودع غير مضطر لما فيه من المعاونة
على البر الذي اقل مراتب الامر به الاستحباب وقضاء حوائج الاخوان وقد يكون محرما كما اذا كان عاجزا عن الحفظ او غير
واثق من نفسه او ماله او بعض المؤمنين ونحو ذلك وبهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ وعدمه ولا يلزم كرها
لو تلفت من غير تفريط او اخذت منه قهرا هذا اذا لم يكن سببا في الاخذ القهري كما لو كان هو الساعي بها
الى الظالم ولم يقدر بعد ذلك على دفعه فانه يضمن لانه مفرط في الحفظ بخلاف ما لو كانت السعاية من غيره او علم الظالم
بها من غير سعاية ومثله ما لو اخبر اللص بها فسرقها ولو اخبره بها في الجملة ولكن لم يعين له مكانها قال في التذكرة انه لا يضمن
ويشكل مع كونه سببا في السرقة لانه تفريط نعم لو لم يقصدها اللص فاتفق مصادفته لها توجه ذلك وهذا
بخلاف الظالم فانه بعلمه يضمن مطلقا والفرق ان الظالم اذا علم بها اخذها قهرا والسارق لا يمكنه اخذها الا اذا علم
موضعها ولا فرق في عدم الضمان مع اخذ الظالم لها قهرا بين ان يتولى اخذها من يده ومكانه وبين ان يامره بدفعها
اليه بنفسه فيدفعها اليه كرها لانتفاء التفريط وح فيرجع المالك على الظالم بالعين او البدل وهل للمالك مطالبة
المستودع يحتمله لانه مباشر تسليم مال الغير الى غير مالكه واستقربه في التذكرة وعلى هذا فمعنى عدم ضمانه
انه لا يستقر عليه بل يرجع بما غرم على الظالم والاقوى عدم جواز مطالبته لعدم تفريطه ولان الاكراه صير فعله مستويا
الى المكره ولانه محسن فلا سبيل عليه والتسليم باذن الشارع فلا يستعقب الضمان لو تمكن من الدفع
وجب ولو لم يفعل ضمن اي يمكن من دفع الظالم عنها بالوسائل وغيرها حتى بالاختفاء عنده فانه ح يجب
لقدرته على حفظها به الواجب عليه مطلقا فيجب ما يتوقف عليه فلو اهمل ذلك مع قدرته عليه ضمن لانه تفريط ولو امكن
دفعه بشيء من المال منها او من غيرها بحيث لا يندفع بدونه عادة فالاقرب جوازه ويرجع به على المالك ان
لم يمكن استيذانه قبل الدفع او استيذان وليه وعدم نية التبرع ولو ترك الدفع عنها ببعضها مع امكانه ضمن ما يزيد
عما يندفع به لا الجميع لان المقدار المدفوع ذاهب على التقديرين ولا يجب تحمل الضرر الكثير عادة بالدفع كالجرح

بأخذ المال المرجع في كثرة المال وقلته الى حال المكره فمنهم من يعد الكلمة اليسيرة من الأذى كثيرا في حقه لكونه شريفا لا يليق بحاله
ذلك ومنهم من لا يعتد بمثل ذلك وهكذا القول في الضرر وأخذ المال ويفهم من قول المص ان مطلق أخذ المال ضرر كثير لا يجب تحمله وإن جاز
ثم ان كان المطلوب الذي لا يندفع عنها بدونه بقدرها لم يجب بذله قطعا لانتفاء الفائدة لكن لو بذله منه ما الرجوع به
على رجع بحمله لان الوديعة لولاه ذاهبة فيكون بذله بدلها كبدلها وعدمه لان القدر المأذون فيه شرعا ما يترتب عليه مصلحة
للمالك وهو هنا منتف فلا يكون شرعيا وعلى هذا فيمكن عدم الرجوع بجميعه لما ذكر وبجزء منه لنقص عنها ويترتب الفائدة
اذ الغرض عدم امكان ما قصر عنه وبعد كونه يرجع بمقدار ما نقص عن قدرها بدرهم مثلا ولا يرجع بشيء اصلا لما ساواها
فان غير المأذون في المساوي انما هو القدر الذي سقط الفائدة معه لا جميع المبذول ولم نقف في هذا الحكم على شيء ينبغي تحريره
ولو انكرها فطولب باليمين ظلما جاز ان يحلف مورّيا بما يخرج به عن الكذب   الجواز هنا بالمعنى الأعم
والمراد منه الوجوب لان حفظ الوديعة لما كان واجبا وتوقف على اليمين وجب من باب المقدمة وانما تجب التورية
عليه اذا عرفها ولا وجب الحلف ايضا بغير تورية لانه وان كان قبيحا الا ان ذهاب حق الآدمي اشد قبحا من حق الله تعالى
في اليمين الكاذبة فيجب ارتكاب اخف الضررين ولان اليمين الكاذب عند الضرورة مأذون فيه شرعا كمطلق الكذب النافع بخلاف
مال الغير فانه لا يباح اذهابه بغير اذنه مع امكان حفظه بوجه ومن ترك الحلف حيث يتوقف حفظ المال عليه
فأخذه الظالم منه ضمنه للتفريط   وهو عقد جائز من الطرفين يبطل بموت كل واحد منهما وبجنونه
ويكون امانة   لا خلاف في كون الوديعة من العقود الجائزة فيبطل بما يبطل به من فسخها وخروج كل منهما عن اهلية
التكليف بموت او جنون او اغماء فاذا اتفق ذلك للمودع وجب على المستودع ردها اليه او الى وارثه او وليه
ولو كان ذلك من المستودع وجب ردها عليه في صورة الفسخ وعلى وليه في صورة الجنون او الاغماء او وارثه في صورة
الموت ومعنى كونها بعد ذلك امانة انها امانة شرعية لحصولها في يده بغير اذن مالكها لكنها غير مضمونة عليه لاذن الشارع
في وضع اليد الآن بردها على وجهه ومن حكم الامانة الشرعية وجوب المبادرة بردها على الفور الى مالكها او من يقوم مقامه
فان اخر عن ذلك مع قدرته ضمن ولو تعذر الوصول الى المالك او وكيله او وليه الخاص سلمها الى الحاكم لانه ولي الغائب
ولا فرق في ذلك بين علم المالك بانها عنده وعدمه عندنا اذا تقرر ذلك فلو كان الميت المودع فطلبها الوارث او لم يطلبها
واخر المستودع الدفع مع امكانه وادعى عدم علمه بانحصار الارث في الوارث الظاهر اذ الشك في كونه وارثا
ولاجل البحث عن ذلك ولم يكن هنا حاكم يرجع اليه فالاقوى عدم الضمان خصوصا مع الشك في كون

الموجود وارثا

الموجود وارثا لاصالة عدمه واما مع العلم بكونه وارثا فالاصل ايضا عدم استحقاقه لجميع المال والقدر المعلوم
انما هو كونه مستحقا في الجملة وهو لا يقتضي انحصار الحق فيه واصالة عدم وارث آخر معارضة بهذا الاصل فيبقى
الحكم في القابض ووجوب البحث عن المستحق كنظائره من الحقوق ومسألة ما يأتي في الاقرار لو اقر بما للمورث زيد
فانه لا يؤمر بتسليم جميع المقر به اليه الا بعد البحث حتى لو ادعى انحصار الارث في الموجود مع الجهل وفي حال يمكنه
من دفعه اليه وههنا من اعترافه بانحصار الحق فيه يلزم بالدفع اليه ومن انه اقرار في حق الغير حيث يمكن
مشاركته غيره له وسيأتي البحث في ذلك ان شاء الله تعالى فانه هنا عارضي ولو اخر تسليم الوديعة الى الوارث ليبحث
عن وصية الميت او اقراره بدين ونحوه فالاقرب   الضمان لاصالة عدمه بخلاف الوارث   واعلم
ان من جملة احكام الامانة الشرعية مع ما تقدم من وجوب المبادرة الى ردها وان لم يطالب الا انه لا يقبل قول
من هي في يده في ردها الى المالك مع يمينه بخلاف الوديعة والفرق ان المالك لم يستأمنه عليها فلا يقبل قوله
في حقه مع اصالة عدمه مع ما انضم اليه من الاحسان الموجب لنفي السبيل ولها صور كثيرة   احدها
ما ذكر من الوديعة التي عرض لها البطلان وكذا غيرها من الامانات كالمضاربة والشركة والعارية   ومنها
ما لو اطارت الريح ثوبا ونحوه الى داره   ومنها ما لو انتزع المغصوب من الغاصب بطريق الحسبة   ومنها
ما لو اخذ الوديعة من صبي او مجنون عند خوف تلفها   ومنها ما يصير بايدي الصبيان من الاموال التي يكسبونها
بالقمار كالبيض والجوز وعلم به الولي فانه يكون امانة شرعية وان كان المستعار مضمونا   ومنها اللقطة
في يد الملتقط مع ظهور المالك وضابطه ما كان وضع اليد عليها بغير اذن المالك مع الاذن فيه شرعا
ويحفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها كالثوب في الصندوق والدابة في الاصطبل والشاة في المراح
او ما يجري مجرى ذلك   لما لم يكن لحفظ الوديعة كيفية مخصوصة من قبل الشارع كان المرجع فيه الى العرف
فما عرفه حفظا للملك الوديعة كان هو الواجب ولم يضمنه ضمان لو فرض تلفها معه وما ذكره من الامثلة
يدل عليه العرف واشار بقوله وما جرى مجرى ذلك الى ان ذلك بخصوصه غير متعين بل يقوم مقامه وما ساواه
في المعنى او زاد عليه كما لو وضع الدابة في بيت السكنى والشاة في داره المضبوطة ونحو ذلك ولا فرق في وجوب الحفظ
بما جرت به العادة بين علم المودع بان المستودع قادر على تحصيل الحرز المعين وعدمه فلو اودعه دابة مع علمه
بانه لا اصطبل له او مالا مع علمه انه لا صندوق له ونحو ذلك لم يكن عذرا   واعلم انه ليس مطلق الصندوق

كما في الحفظ ولا بد معه من كونه محرزا عن غيره اما ان لا يشاركه في البيت الذي فيه الصندوق يد اخرى مع كون البيت محرزا
بالقفل ونحوه او كون الصندوق محرزا بالقفل كذلك وكونه كبيرا لا ينقل عادة بحيث يمكن سرقته وكذلك لو كان مقفلا وهكذا
القول في الاصطبل والمراح وغيرهما ويلزمه سقي الدابة وعلفها امره بذلك ام لم يامره لما كانت الدابة من
الاموال المحترمة التي لا يسوغ اتلافها بغير الوجه المأذون فيه شرعا وجب على المستودع علفها وسقيها بما جرت به العادة
لمثلها وينبغي ان يراد بالدابة هنا مطلق الحيوان المحترم ويكون ذكرها هنا على وجه المثال والحكم في الجميع كذلك واولى منه
لو كان آدميا كالعبد ولو اخل به كان من جملة التفريط فيلزمه ضمانها ان تلفت ونقصها ان نقصت ولو لم يحصل واحد
منهما صار ضامنا وخرج عن كونه امينا وان عاد الى القيام بذلك كما لو تعدى بغيره ثم رجع الى الحفظ ويحصل التفريط بترك
مرة واحدة او بعضها اذا تقرر ذلك فنقول اذا اودعه الحيوان المفتقر الى النفقة فلا يخلو اما ان يامره بالانفاق
عليه او ينهاه او يطلق فان امره انفق ورجع عليه بما غرم ولا امر فيه واضح وان اطلق توصل الى اذنه او اذن وكيله فيه
فان تعذر رفع امره الى الحاكم ليامره به ان شاء او يستدين عليه او يبيع بعضه للنفقة او ينصب امينا عليه فان
تعذر الحاكم انفق هو واشهد عليه ورجع مع نيته وكذا لو رفع امره الى الحاكم الى آخر ما ذكر مع نهي المالك له عنه ولو
تعذر الاشهاد اقتصر على نية الرجوع والكلام في اعتبار الاشهاد في جواز الرجوع وعدمه ما تقدم في باب المزارعة
وغيرها وفي حكم الحيوان الشجر الذي يفتقر الى السقي وغيره من الخدمة وفي حكم النفقة على الحيوان ما يفتقر اليه من الدواء
لمرض وحيث ينفق مع عدم الاشهاد اما لتعذره او لعدم اشتراطه واختلفا في قدره فالقول قوله مع يمينه
ولو اختلفا في مدة الانفاق فالقول قول المودع عملا بالاصل في الموضعين ويجوز ان يسقيها بغلامه وبنفسه
تبعا للعادة مقتضى العادة جواز تولي الغلام ذلك سواء كان المستودع حاضرا عنده ام غائبا وسواء كان
الغلام امينا ام لا وليس ذلك جائزا هنا بل انما يجوز تولي الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده ليطلع على قيامه
بما يجب او مع كونه امينا والا لم يجب ولا فرق في ذلك بين وقوع الفعل في المنزل وخارجه فلو توقف سقيها على
نقلها ولم يكن امينا فلابد من مصاحبته في الطريق وانما تظهر الفائدة في نفس مباشرة الغلام لذلك وكذا لا فرق في ذلك
كله بين الغلام وغيره ممن يستأمنه المستودع وعبارة المص لا تنافي ما قيدناه لانه لم يجوز الا تولي السقي وهو اعم من كونه مع
ذلك في بين المستودع وعدمه والعام لا يدل على الخاص فيمكن تخصيصه اذا دل عليه الدليل وهو هنا موجود بما اطبقوا
عليه من عدم جواز ايداع الودعي مع الامكان وهذا في معناه وربما قيل بان ذلك فيما يمكن مباشرته لذلك الفعل عادة

اما لو كان

اما من لا يكون كذلك فيجوز له التولية كيف كان وهو ضعيف ولا يجوز اخراجها من منزله لذلك الا مع الضرورة
كعدم التمكن من سقيها او علفها في منزله وشبه ذلك من الاعذار لا فرق في المنع من اخراجها لذلك بين كون الطريق
امنا وعدمه لان النقل تصرف فيها وهو غير جائز مع امكان تركه ولا بين كون العادة مطردة بالاخراج لذلك
وعدمه لما ذكر ولا بين كونه متوليا لذلك بنفسه وغلامه مع صحبته له وعدمه لاتحاد العلة في الجميع واستقرب
في التذكرة عدم الضمان لو اخرجها مع امن الطريق وان امكن سقيها في موضعها محتجا باطراد العادة بذلك وهو
حسن مع اطراد بذلك لان الحكم فيه على العموم لعدم اطراد العادة بذلك وعدم الاماكن وحيث جاز الاخراج
فالحكم في مباشرة الغلام او غيره ما ذكرناه سابقا واعلم ان اطلاق كلامه يقتضي عدم الفرق في جواز
اخراجها لذلك مع عدم امكان فعله في موضعها بين كون الطريق امنا وعدمه ووجهه ان ذلك الفعل من
ضروريات الحيوان لا يعيش بدونه فالضرر اللاحق بتركه اقوى من خطر الطريق الذي يمكن وقوعه وعدمه ولكن يشكل في
بعض الصور كما اذا كان الناظر الى وقت اقل ضررا من خطر اخراجها حين الحاجة ونحو ذلك فينبغي مع اشتراكهما في الضرر
مراعاة اقل الضررين ولو قال المالك لا تعلفها ولا تسقها لم يجز القبول بل يجب سقيها وعلفها نعم لو اخل بذلك
والحال هذه اثم ولم يضمن لان المالك اسقط الضمان بنهيه كما لو امره بالقاء ماله في البحر انما لم يجز تركها بالعلف
والسقي مع النهي عنهما لانه حق الله تعالى فلا يسقط حق الله تعالى باسقاط المالك حقه ولان اتلاف المال منهي عنه
فلا اشكال في وجوبهما مع النهي عنه وانما الكلام في امرين احدهما الرجوع بعوضهما عليه وقد تقدم الكلام منه
والثاني انه لو تركهما هل يضمن ام لا وقد جزم المص رحمه الله بعدم الضمان وان حصل الاثم فلتركه حق الله
والجاء بجعله ذلك واما عدم الضمان فلان المال حق للمالك وقد اسقط عنه الضمان بنهيه وكان ذلك
كالاذن في اتلاف ماله فلا يتعقبه الضمان كما لو امره والوديعة غير حيوان كشجر يحتاج الى السقي والعمارة وثوب
يحتاج الى النشر ونحوه ونهاه المالك عن ذلك وهل يجب حفظه هنا كالاول بعمله كما في تركه من اتلاف المنهي عنه والاقوى
عدمه لان حفظ المال انما يجب على مالكه لا على غيره وانما وجب في الحيوان لكونه ذا روح ما لم يأمر بالتصرف في حقه
فيجب دفع الهلاك عنه نعم يكره ترك اصلاحه للتضييع المذكور والوجهان افتى بهما العلامة في التذكرة
ولو عين له موضع الاحتفاظ اقتصر عليه ولو نقلها ضمن الا الى احرز او مثله على قول ولا يجوز نقلها الى ما دونه اجماعا
وذهب جماعة الى جواز نقلها الى الاحرز محتجين بالاجماع ودلالة مفهوم الموافقة عليه واختلفوا في المساوي

بجوزه بعضهم وهذا القول الذي نقله المصنف نظرا الى ان المعين اذا المعين في حفظه لها كان في ملك المرتهن كما في بعض نوع الزرع
والراكب في الاجارة فانهم جوزوا المساوي لتوافق المتساويين في الضرر والنفع الماذون فيه والاقوى المنع لعدم الدليل على جواز تخطي ما عينه
والحاق مساويه به قياس محض بل يحتمل قويا ذلك في النقل الى الاحرز ايضا عملا بمقتضى التعيين ومنع دلالة مفهوم الموافقة
هنا فان الاغراض تختلف في مواضع الحفظ اختلافا كثيرا من غير الالتفات الى كون بعضها احفظ من بعض والاجماع على
جوازه ممنوع من ظاهر جماعة من الاصحاب منع التخطي مطلقا ويمكن ان يكون القول المحكي في العبارة متعلقا بالامرين معا
وقريب منها عبارة القواعد الا ان شراحها المعتمدين صرحوا بان الخلاف في المساوي خاصة وفي حواشي الشهيد
عليها ما يدل على بناء الخلاف للاحرز ايضا وهو ممن اختار عدم جوازه اذا تقرر ذلك فلو نقلها الى الاحرز
او الى المساوي فتلفت ضمن على القول بعدم الجواز الا مع الخوف فانه يجوز نقلها الى غير المعين مراعيا للاصلح او المساوي
مع الامكان فان تعذر فالادون وانما جاز المساوي هنا لسقوط حكم المعين بتعذره فينتقل الى ما في حكمه وهو المساوي
فما فوقه وعلى هذا يحمل قول المصنف الا مع الخوف مع ابقائها فانه يشمل جواز نقلها الى الادون مع الخوف في المعين
مطلقا وليس كذلك وعلى القول بجواز النقل الى الاحرز او المساوي ينبغي انه لا يترتب عليه ضمان حيث انه نقل ماذون فيه
كما لا يترتب الضمان لو نقلها الى الادون مع الخوف لكن العلامة رحمه الله حكم بجواز النقل اليهما مع الاطلاق والضمان مع
تلفها فيهما وربما فرق اصحاب بين تلفها بانهدامه او بغيره فضمن في الاول دون الثاني وفيهما معا نظر والاقوى الضمان
مطلقا او عدمه لكن على القول بالجواز ولو قال لا تنقلها من هذا الحرز ضمن كيف كان الا ان يخاف تلفها فيه
ولو قال وان تلفت اذا نهاه عن نقلها عن المعين لم يجز نقلها الى غيره وان كان احرز اجماعا الا ان يخاف عليها
في المعين فانه حينئذ يجوز نقلها الى المساوي والاحرز مع الامكان والا الى الادون بل يجب لان الحفظ عليه واجب
ولا يتم الا بالنقل وللنهي عن اضاعة المال فلا يسقط هذا الحكم بنهي المالك وان صرح بقوله وان تلفت لكن هنا لو ترك نقلها
اثم ولا ضمان لاسقاط المالك له عنه كما مر واعلم انه لو نقلها الى غير المعين وتوقف النقل على اجرة فقد قال في
التذكرة انه لا يرجع بها على المالك لانه متبرع بها وهو حسن مع احتمال الرجوع مع نيته لاذن الشارع له في ذلك فيقدم على
اذن المالك ولان فيه جمعا بين الحقين مع مراعاة حق الله تعالى في امثال الامر بحفظ المال ولا يصح وديعة الطفل ولا
المجنون ويضمن القابض ولا يبرأ بردها اليهما لا بسببه وعدم جواز قبول الوديعة منهما لعدم اهليتهما للاذن فيكون وضع
المستودع على المال بغير حق فيضمن ولا فرق في ذلك بين ان يكون المال لهما ولغيرهما وان ادعيا اذن المالك لهما في الايداع
واطلاق حكم المصنف بالضمان يشمل ما لو علم تلفها في ايديهما وعدمه فالاقوى انه لو قبضها مع خوف هلاكها بنية
الحسبة في الحفظ لم يضمن لانه محسن وما على المحسنين من سبيل لكن يجب عليه مراجعة الولي في ذلك فان تعذر
قبضها

بقبضها وتسبيب الحكم ح واما عدم البراءة بردها اليهما على التقدير من نواضح الحجر عليهما في ذلك وشبهه فلا يبرأ الا بردها على وليهما
الخاص او العام مع تعذره ولو استودعا لم يضمنا بالاهمال لان المودع لهما متلف ماله اي سبب في اتلافه حيث
اودعه من لا يكلف بحفظه وهذه علة تقريبية فان من دفع ماله الى مكلف يعلم انه يتلفه يكون متلفا لماله مع ان
قابضه يضمنه والاولى في التعليل ان الضمان باعتبار اهمالهما انما يثبت حيث يجب الحفظ والوجوب لا يتعلق بهما
لانه من خطاب الشرع المختص بالمكلفين فلا يعارضه قوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدي
لان على ظاهرة في وجوب الدفع والتكليف بالرد فيكون مختصا بالمكلف ومنهم من قوله لم يضمنا بالاهمال انهما
لو تلفت بغير تفريط ما ان بعد ما فيها فتلف انهما يضمنان وهو كذلك على الاقوى لان الاتلاف لمال الغير سبب في
ضمانه اذا وقع بغير اذنه فالاسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيها الصغير والكبير ومثله القول
في كل ما يتلفانه من مال الغير وما يأكلانه منه فانهما يضمنانه وان لم يكن لهما مال حين الاتلاف لان تعلق الحق
بالذمة لا يتوقف عليه نعم ايجاب التخلص من الحق عليهما يتوقف على التكليف كما مر فقبله يكون المخاطب
بالدفع من مالهما الولي ان كان لهما مال والا كان دينا عليهما يجب عليهما قضاؤه بعد التكليف ولو فرض
موتهما قبله ولا مال لهما او لهما مال ولم يعلم الولي بالحال لم يؤاخذ به في الاخرة بخلاف المكلف واعلم
ان في مسئلة ايداعهما ومباشرتهما الاتلاف وجهين آخرين احدهما عدم الضمان لعدم التكليف
ولتسليط مالكها لهما عليها فكان سببا قويا والمباشر ضعيف وجوابه يظهر مما سبق والثاني
الفرق بين المميز وغيره فيضمن المميز خاصة لعدم قصد غيره الى الاتلاف فكان كالدابة وفيه نظر لان المقتضي
للضمان وهو الاتلاف موجود والمانع غير صالح للمانعية اما القصد فلانه لا مدخل له في الضمان وعدمه كما يعلم
من نظائره واما تسليط المالك فانه انما وقع على الحفظ لا على الاتلاف غايته ما في الباب انه عرض ماله
له بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ وهو غير كاف في سقوط الضمان عنهما لو باشراه بخلاف ما اذا تركا الحفظ
والاقوى الضمان مطلقا واذا ظهر للمودع امارة الموت وجب الاشهاد بها لما كان حفظ الوديعة
واجبا مطلقا وجب كل ما يتوقف عليه ومن جملته الاشهاد عليها اذا حصل له امارة الموت بمرض مخوف
او حبس للقتل ونحو ذلك وهل يعتبر في الاشهاد الواجب شاهدان يحصل بهما اثباتها حيث ينكر الورثة او يكونوا
او بعضهم صغارا لئلا يمنع الوصي من تسليمها الى مالكها بدون الاثبات ام يكفي واحد بحيث يجعل وصيا في
ايصالها المنادر من الاشهاد الاول وليتحقق الغاية المطلوبة منه ويحتمل الاكتفاء بالثاني وهو الظاهر
من عبارات العلامة حيث جعل الواجب هو الايصاء بها وهو يتحقق بدون الاشهاد وعلى التقديرين
فلو اخل بذلك ضمن للتفريط ولكن لا يستقر الضمان الى ان يموت فيعلم التفريط في اول زمان ظهر فيه

امارة الموت سواء كان ذلك فى ابتداء المرض ام فى اثنائه والظاهر ان الاشهاد او الايصاء كاف وان قدر ايصالها الى مالكها
او من يقوم مقامه لانه لم يخرج بذلك عن اهلية الامانة المستصحب ووجوب الاشهاد لا ينافيه لانه من وجوه
الحفظ الواجب عليه وربما قيل بوجوب الردّ على المالك او وكيله او الحاكم عند تعذرهما او ايداعها الثقة عند
تعذره فان عجز عن ذلك كله اشهد عليها وهو الذى اختاره فى التذكرة اولا ثم رجع عنه الى الاكتفاء بالوصية
ولو فرض موته فجاءة لم يضمنها وان تلفت اذ لا يعد مقصرا والا لوجب الاشهاد عليها على كل ودعى لامكان
ذلك فى حقه وهو منتف اتفاقا وحيث يكتفى بالوصية يعتبر فى الوصى العدالة ولا فرق فيه بين الوارث
والاجنبى والمراد ان يعلمها ويامره بردها على تقدير الموت الا ان يسلمها اليه لانه ايداع لا يصح ابتداء نعم
لو تعذر الوصول الى المالك او من يقوم مقامه واضطر الى ذلك جاز تسليمها كما يجوز ايداع الثقة عند الضرورة ولو
اوصى الى غير الثقة فهو كما لو لم يوص اذا تقرر ذلك فنقول يجب على الودعى على تقدير الاشهاد او الايصاء تعيين
الوديعة وتميزها ببيان جنسها ووصفها والا فمع الجهالة بعينها فلو اقتصر على قوله عندى وديعة لفلان او ذكر الجنس
وابهم الوصف كما لو قال عندى ثوب لفلان فهو كما لو لم يوص ثم على تقدير ذكر الجنس خاصة اما ان لا يوجد فى التركة
غير ذلك الجنس او يوجد متعددا او متحدا ففى الاول لا يحكم للموصى له بشىء ويضمن الودعى اما على تقدير عدم وجوده
فظاهر لتقصيره بترك البيان واما على تقدير وجود المتعدد فهو بمنزلة خلطها بماله حيث لا يتميز ويكون تفريطا يوجب الضمان
ولا يكون الموصى له شريكا فى الثياب الموجودة لاصالة عدم استحقاقه شيئا فى تركة الودعى وان كان ضامنا لحقه
يرجع الى المثل او القيمة ويحتمل كونه شريكا لاصالة البقاء وان حكم بالضمان كما لو مزجه بماله ولو وجد
ثوب واحد ففى الحكم به للمالك وجهان احدهما اصالة بقاء حقه الثابت بالاقرار مستصحب
الى ان يعلم التلف وحملا لاطلاقه على الموجود لاصالة عدم غيره وان الموجود محكوما به تركه ظاهرا او تقصيره
فى البيان يقتضى ضمانها اما لو ثبتها الموجود فلا ولاحتمال ان لا يكون هى الوديعة فلا يحكم بها مع قيام الاحتمال وترك
العمل بظاهر اليد وعلى تقدير عدم الحكم له به هل يحكم بضمان الوديعة قيل لا لجواز تلفها بغير تفريط قبل الموت
والاقرار بها لا ينافيه وقيل نعم لاصالة البقاء والحق ان الحكم مبنى على ان الاجمال المذكور هل يعد تقصيرا
يوجب الضمان كما هو الظاهر من كلامهم ام لا فان قلنا به ضمن قطعا للتفريط وان قلنا بالثانى فلا لاصالة
عدمه وبراءة الذمة واما اصالة بقائه فلا يقتضى الضمان بل هى اعم منه فلا يدل عليه وقد مضى مثله وسيأتى
الكلام على نظيره   ولو لم يشهد وانكر الورثة كان القول قولهم ولا يمين الا ان يدعى عليهم العلم   هذا الحكم
واضح لاصالة عدم الوديعة كما لو انكرها المورث وكل من يدعى عليه وانما لا يجب عليهم اليمين لان الدعوى متعلقة
بمورثهم لا بهم كما لو ادعى عليه بدين الا ان يدعى عليهم العلم بذلك فيلزمهم الحلف على نفى العلم لا على البت
لان ذلك ضابط الحلف على نفى فعل الغير ومثله ما لو اقر الورثة بالوديعة ولكن لم يوجد فى التركة
وادعى المستودع انه قصر فى الاشهاد وقال الوارث لعلها تلفت قبل ان تنسب الى التقصير

فالقول قولهم

فالقول قولهم عملا بظاهر براءة الذمة ولا يمين ايضا الا مع دعواه علمهم بالتقصير ويمكن ان يريد المص بمسئلة هذا
القسم بان يكون المراد بانكار الورثة انكارهم وجودها فى التركة حيث لم يشهد وحملوا ترك اشهاده على تلفها
قبل حصول ما يوجب الاشهاد وادعى المالك بقاها وتقصيره فى الاشهاد والحكم فى المسئلتين واحد
ويجب اعادة الوديعة على المودع مع المطالبة   اذا طلب المالك الوديعة وهى باقية وجب
على الودعى ردها عليه فى اول اوقات الامكان لا بمعنى مباشرته للرد وتحمل مؤنته كما يظهر من العبارة
بل بمعنى رفع يده عنها والتخلية بين المالك وبينها فان كانت فى صندوق مقفل ففتحه عليه وان كانت
فى بيت محرز فكذلك وهكذا والمراد بالامكان ما يعم الشرعى والعقلى والعادى فلو كان فى صلوة
واجبة اتمها او سنة ومنها حايل من مطر مانع ونحوه صبر حتى يزول او فى قضاء حاجة الى ان ينقضى
الضرورة منها ويعتبر فى الذهاب مجرى العادة ولا يجب الزيادة فى المشى وان امكن وهل التاخير ليشهد عليه
عذر قيل نعم ليدفع عن نفسه النزاع واليمين لو انكر الرد ويشكل بان قوله فى الرد مقبول فلا حاجة
الى البينة ولان الوديعة مبنية على الاخفاء غالبا وفصل آخرون جيدا فقالوا ان كان المالك
وقت الدفع قد اشهد عليه عنده لم يكره ذلك وحيث يؤخر الرد مع امكانه يكون ضامنا لانه من
اسباب التقصير ولو كان لعذر وجبت المبادرة فى اول اوقات زواله   ولو كان كافرا يشمل
اطلاق الكافر الحربى وغيره من انواع الكفار ممن يجوز اخذ ماله فان الوديعة مستثناة من ذلك
عملا بموجب الامانة وقد قال الله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها ولرواية
الفضيل عن الصادق عليه السلم قال سالته عن رجل استودع رجلا من مواليك مالا له قيمة والرجل
الذى عليه المال رجل من العرب يقدر على ان لا يعطيه شيئا والمستودع رجل خارجى شيطان فلم
ادع شيئا فقال قل له يرد عليه فانه ائتمنه بامانة الله   وقال الحسين الشيبانى للصادق
عليه السلم ان رجلا من مواليك يستحل مال بنى امية ودماءهم وانه وقع لهم عنده وديعة
فقال عليه السلم ادوا الامانات الى اهلها وان كانوا مجوسا فان ذلك لا يكون حتى يقوم قائمنا
فيحل ويحرم وفى معناها اخبار كثيرة وقال ابو الصلاح اذا كان المودع حربيا وجب على المودع ان
يحمل ما اودعه الى سلطان الاسلام والمشهور بين الاصحاب هو الاول ولا نعلم فيه مخالفا غيره
الا ان يكون المودع غاصبا لها فيمنع منها ولو مات وطلبها وارثه وجب الانكار ويجب اعادتها على
المغصوب ان عرف وان جهل عرفت سنة ثم جاز التصدق بها عن المالك ويضمن المتصدق ان كره
صاحبها   هذا هو المشهور بين الاصحاب ومستنده رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلم
والطريق ضعيف ولكنه عندهم مجبور بالشهرة واوجب ابن ادريس ردها الى امام المسلمين فان تعذر

ابقاها امانة ثم يوصي بها الى عدل الى حين التمكن من المستحق ورواه في المختلف وهو حسن فان كان القول بجواز التصدق بها
بعد الياس والتعريف متوجها ايضا كما في كل مال يئس من معرفة صاحبه لان فيه جمعا بين مصلحتي الدنيا
والآخرة بالنسبة الى مالكها فانه لو ظهر غرم له ان لم يرض بالصدقة فلا ضرر عليه وذهب المفيد رحمه الله
الى ان يخرج خمسها لمستحقه والباقي يتصدق به ولم يذكر التعريف وتبعه سلار والاجود التخيير
بين الصدقة بها وابقاها امانة وليس له التملك بعد التعريف هنا وان جاز في اللقطة وربما احتمل
جوازه بناء على الرواية فانه جعلها فيها كاللقطة وهو ضعيف ويمكن ان يريد انها تنزل منزلة اللقطة
في وجوب التعريف لا مطلقا ولم يذكر من عمل بالرواية جواز التملك وكما يجب انكارها على الوارث
يجب على المودع لاستوائهما في عدم الاستحقاق وتخصيص المص بالوارث لا وجه له وانما يجب منع الغاصب
منها مع امكانه فلو لم يقدر على ذلك سلمها اليه وفي الضمان ح نظر والذي يقتضيه قواعد الغصب ان للمالك
الرجوع على ايهما شاء وان كان قرار الضمان على الغاصب   ولو كان الغاصب مزجها بماله ثم
اودع الجميع فان امكن المستودع تمييز المالين رد عليه ماله ومنع الاخر وان لم يمكن تمييزهما وجب اعادتهما
على الغاصب   هكذا اطلق المص وجماعة من الاصحاب ووجهه انه يتعذر منها تسليم بعضه من ماله
لان الغرض عدم التمييز وهو غير جائز ويشكل بان في الرد تسليطا للغاصب على مال غيره بغير حق وهو غير
جائز ايضا والاقوى رده على الحاكم ان امكن ليقسمه ويرد على الغاصب ماله فان تعذر وكان مثليا
وقدر حق الغاصب معلوما احتمل قويا جواز تولي الودعي القسمة جمعا بين الحقين والقسمة هنا اجبارية
للضرورة تنزيلا للودعي منزلة المالك حيث قد تعلق بضمانه وللحسبة ولو لم يكن كذلك بان امتزج على وجه
لا يعلم القدر اصلا ففيه اشكال ويرجح ح ما اطلقه الاصحاب ان لم يمكن مدافعة الغاصب
على وجه يمكن معه الاطلاع على الحق ويحتمل قويا عدم جواز الرد مطلقا مع امكانه الى ان يعرف
الغاصب بقدر معين او يقاسم لاستحالة ترجيح حقه على حق المغصوب منه مع تعلق الودعي
بالحقين وليس في كلام الاصحاب هنا شيء منقح   وضابطهما يشمل التفريط والتعدي
الفرق بينهما ان التفريط امر عدمي وهو ترك ما يجب فعله من الحفظ ونحوه والتعدي امر وجودي وهو فعل
ما لا يجوز فعله كلبس الثوب ونحوه   وكان يطرحها فيما ليس بحرز اي يطرحها فيه ويذهب عنها
اما لو بقي مراعيا لها بنظره لم يعد تفريطا لان العين حرز الا ان يكون المحل غير صالح لوضعها فيه بحسب حالها
وهو نوع آخر من التفريط   او ترك الثوب الذي يفتقر الى النشر كما يجب عند الاطلاق سقي الدابة
وعلفها وغير ذلك مما فيه بقاؤها كذا يجب في كل وديعة فعل ما يقتضي بقاؤها ودفع ما يقتضي فسادها كنشر
الثوب وطيه وتعريضه للهواء في كل وقت يفتقر اليه بحسب عادة حتى لبسه لو لم يندفع ضرره الا به
فلو اخل بذلك ضمن سواء اذن المالك فيه او سكت نعم لو نهاه المالك عن ذلك لم يلزمه الضمان وان جاز له

فعله حفظا

فعله حفظا للمال وقد تقدم مثله في نفقة الدابة ولو افتقر فعل ذلك الى اجرة فالحكم فيها كالنفقة من وجوب مراجعة المالك او
الحاكم ثم تولي ذلك بنفسه والرجوع به مع نيته الى آخر ما تقدم   او يودعها من غير ضرورة ولا اذن   لا فرق في
عدم جواز ايداعها من دون اذن مالكها وعدم الضرورة بين ان يودعها لزوجته او ولده وعبده وغيرهم ولا بين القصد عوده
ولا بين ان يجعل ذلك الغير مستقلا بها وشريكا في الحفظ بحيث يعتمد عليه وهو موضع وفاق ولانه تصرف في مال الغير
بغير اذنه لان المالك لم يرض بيد غيره وامانته وفي حكم مشاركة غيره في الوديعة وضعها في محل مشترك في التصرف بحيث
لا يلاحظه في سائر الاوقات سواء كان خارجا عن داره ام غير خارج نعم لو كان يعتد مفارقته لضرورة لا يستحفظ
من ينوبه ويلاحظ المحرز في عوده انه يصح في التذكرة اعتباره لقضاء العادة به ولانه ايداع عند الحاجة
ولو فرض الحفظ للغير لا لضرورة او اشركه او لم يحرز عنه ضمن واشترط المص في الضمان بالايداع شرطين احدهما
عدم الضرورة فلو حصل ضرورة الى الايداع بان خاف عليها من حرق او سرق او نهب او اراد سفرا وتعذر
ردها الى المالك او وكيله دفعها الى الحاكم ولا يسمى ذلك ايداعا فان تعذر اودعها العدل وهذا هو الخارج بالقيد
فلا يجوز ايداعها للضرورة ابتداء بل على الوجه الذي فصلناه وسيأتي في كلامه التنبيه عليه والثاني اذن
المالك في الايداع فيجوز ح على حسب ما اذن رتبة ووضعا فلا ضمان مع الايداع كما نص الا اذا خالف
المعين مطلقا او الوصف في غيره الى ما دونه   او سافر بها كذلك مع خوف الطريق وامنه   من جملة
اسباب التفريط السفر بالوديعة من غير ضرورة ولا اذن المالك سواء كان الطريق آمنا ام مخوفا فاذا اراد السفر وجب
عليه ردها على المالك او وكيله كما مر فان تعذر فعلى الحاكم فان تعذر اودعها العدل فان فقد فاما ان يخاف
عليها مع ابقائها في البلد او لا فان خاف جاز السفر بها كما سيأتي وهو الموافق لمفهوم العبارة هنا وان لم
يخف عليها فمفهوم قوله كذلك اي كالسابق وهو عدم الضرورة والاذن انه لا يجوز السفر بها ح وهو كذلك
لان الاذن مع الاطلاق انما يتناول الحفظ في الحضر عملا بالعادة ولان السفر لا يخلو من خطر في الجملة والخبر
ولا فرق في الضرورة بين تعلقها بالوديعة كالخوف عليها وبالودعي كما لو اضطر الى السفر فانه يجوز ان يسافر
بها ح والمعتبر في تعذر الوصول الى المالك ووكيله والحاكم المشقة الكثيرة وهو المعبر عنه بالتعذر عرفا
لا معناه لغة لما في التزامه بحمل ما يزيد عن ذلك من الحرج والضرر المنفي واما السفر فالاولى حمله على العرفي
ايضا لا الشرعي فعلى هذا يجوز استصحابها في تردداته في جوانبه الى حدود البلد وما قاربه من القرى التي

لا يعد الاستقلال بها سفراً مع امن الطريق فلا يجوز ايداعها في مثل ذلك مع امكان استصحابها كما لا يجب ردها على المالك ويفهم
من التذكرة انه لو سافر لغير ضرورة يجوز استصحابها مع التزامه الضمان وعجزه عن ايصالها الى المالك ومن سوء معاملة وايداعها
الثقة والاجود المنع واستثني من عدم جواز السفر بها اختياراً ما لو اودعه حالة السفر او كان المستودع منتجعاً فانه يجوز
السفر بها ح من غير ضمان لقدوم المالك على ذلك حيث اودعه ماله على تلك الحالة وليس على المستودع ح ترك السفر لاجلها
وكان هذا في معنى الاذن في السفر بها بدلالة القرائن الحالية   وطرح الامتعة في المواضع التي تعفنها اي طرحها
كذلك مدة يمكن فيها تعفنها اما لو وضعها فيها مدة تقطع فيها بعدم الضرر فلا يعد ذلك تفريطاً ومثله وضع الكتب
في المواضع التي تفسدها بالنداوة وغيرها والمرجع في ذلك كله الى كون مثل ذلك المكان لا يصلح للوديعة عرفاً بحسب
المدة التي تعفنها فيها ويمكن اعتبار كونه حرزاً لها مطلقاً فلا يجوز وضع الثوب في موضع تعفنه وان عزم على نقله
قبل الفساد نظراً الى انه ليس بحرز له عادة   وكذا لو ترك سقي الدابة وعلفها مدة لا تصبر عليه في العادة
فماتت به احترز بقوله به عما لو ماتت بغيره فانه لا يضمنها وكذا لو كان بها جوع سابق وعطش ولا يعلم
بهما فماتت بهما بحيث لولا السابق لما ماتت ولو كان جاهلاً فوجهان وجزم في التذكرة بالضمان
ولو لم تمت بل نقصت خاصة ضمن النقص ولو لم ينقص دخلت في ضمانه بحسب التفريط واعلم ان الواجب
علفها وسقيها بحسب المعتاد لامثالها والنقصان عنه يعد تفريطاً سواء صبرت عليه ام لا ومتى عد
تفريطاً صار ضامناً لها وان ماتت لغيره هذا هو الذي يقتضيه قواعد الوديعة وح يتعلق
المص الحكم على موتها بسبب ترك ذلك مدة لا تصبر عليه عادة ان اريد به هذا المعنى فلا اشكال من هذه
الحيثية لكن يشكل اختصاص حكم الضمان بموتها به مع كونها قد صارت مضمونة بالتفريط ومن شان المص
ان لا يغير والحال بين تلفه ونقصه بذلك السبب وغيره وسيأتي له نظائر كثيرة من كلام المص وغيره فان اراد به معنى
آخر اخص مما ذكرناه كما هو الظاهر اشكل الحكم مما سبق ومن توقف الضمان على ترك هذه المدة مع ان الواجب القيام
بالمعتاد منه وتركه يحقق التفريط وفي عبارة العلامة ما هو ابلغ مما هنا فانه قال في التذكرة لو امتنع المستودع
من ذلك وعين به العلف والسقي حتى مضت مدة يموت مثل الدابة في مثل تلك المدة نظر ان ماتت ضمنها وان لم تمت
دخلت في ضمانه وان نقصت ضمن النقصان فان ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها هذه عبارته وقد علق الضمان فيها كما
ترى على ترك ذلك مدة يموت فيها عادة لا ما هو زيادة عن المعتاد ولا زيادة عما تصبر عليه عادة   وفي التعدي
مثل ان يلبس الثوب او يركب الدابة المراد به لبسه للانتفاع به او لغرض قصد اما لو وقف حفظه على لبسه كلبس الثوب
الصوف

الصوف ليدفع عنه الدود حيث لا يندفع بنشره وعرضه على البرد والهواء لم يكن تعدياً بل يكون واجباً يضمن بدونه وكذا
القول في ركوب الدابة كما لو توقف نقلها الى الحرز او سقيها ونحوه على ركوبها فانه يجب فضلاً عن الجواز وفي حكم لبس الثوب الموجب
للضمان النظر في الكتاب المودع له وكذا النسخ منه بطريق اولى   ولو طلبت منه وامتنع من الرد مع القدرة ضمن
قد تقدم ان المراد بالرد الواجب عليه رفع يده عنها وتمكين مالكها منها بفتح القفل والباب ونحو ذلك لا مباشرة
الرد وان المراد بالقدرة ما يشمل القدرة شرعاً فان من كان في فريضة لا يعد قادراً شرعاً الى ان يفرغ لتحريم قطعها ولا
يعذر في التعقيب المعتاد ولا في اكمال النافلة ولا في الليل الى ان يصبح الا ان يكون في محل يشق اخراجها منه عادة ونحو
ذلك   وكذا لو جحدها ثم قامت عليه بينة او اعترف بها   انما كان الجحود تعدياً موجباً للضمان لانه جناية حيث
انه بانكاره مع زعم ان يده عليها ليست نائبة عن المالك فلا يكون امينه وبعد فيحصل الضمان به امور الاول ان يكون
بعد طلب المالك لها منه فلو جحدها ابتداء وعندما سأل غيره لم يضر لان الوديعة مبنية على الاخفاء فانكارها لغير
طلب يوجب الرد اقرب الى الحفظ ولو لم يطلبها المالك لكن سأله عنها او قال لي عندك وديعة ففي الضمان وجهان
احدهما العدم اختاره في التذكرة لانه لم يمسكها لنفسه ولم يزد يده عليها بغير رضا المالك حيث لم يطلبها ومجرد
السؤال لا يبطل الوديعة ولا يرفع الامانة بخلاف الطلب والثاني ثبوته لان جحوده يقتضي كون يده ليست عن المالك
لان نفي الملزوم يقتضي نفي لازمه من حيث هو لازمه فلا يكون امينا عنه فيضمن واختاره المحقق الشيخ علي وهو متجه
الثاني ان لا يظهر لجحوده عذراً بنسيان او غلط ونحوهما فانه لا يضمن ان صدقه المالك على العذر والا ففي الضمان
وجهان واستقرب في التذكرة الضمان ووجهه يعلم مما سلف وان كان عدم الضمان لا يخلو من وجه الثالث
ان لا يكون الجحود لمصلحة الوديعة بان يقصد دفع الظالم او متغلب على المالك ونحو ذلك لانه محسن وما على المحسنين
من سبيل   ويضمن لو خلطها بماله بحيث لا يتميز   لا فرق بين خلطها بالاجود والمساوي والاردى لاشتراك
الجميع في العدوان الناشي من التصرف في الوديعة بغير مشروع وتعيينها بالمزج المقتضي للشركة المفضي الى
المعاوضة على بعض ماله عند القسمة بغير رضاه ولان الشركة عيب فكان عليه الضمان ويفهم من قوله خلطها
بماله انه لو خلطها بمال المالك لم يضمن وليس كذلك بل يضمن على التقديرين ولا فرق هنا ايضاً بين ان يكون المالان
عنده وديعة فيمزج احدهما بالآخر وكون الآخر امانة بغير الوديعة وغصباً بيده والتصرف المنهي عنه في ذلك كله
وربما كان لذلك عرض في الامتياز ويمكن ان يكون الضمير في ماله عائداً الى المودع والمستودع والحكم فيهما صحيح الا ان

في عوده وكل واحد اخلال بالآخر واستعماله منهما على وجه الاشتراك بحيث يستعملها معاً بحتاج الى تكلف وتجوز والا ولى عوده

الى المستودع خاصة كما ذكرناه اولا لان خلطه بمال المودع سابق الكلام فيه في العمارة وماده مخصوصة وهو كونهما معا وديعة

ولا فرق في الحكم بين الوديعة وغيرها ومنهم من قيد الحشفة بعدم التميز انه لو تميز المالان لا يضمن والحكم فيه كذلك ان لم

يستلزم المزج تصرفاً آخر غير المزج منهيا عنه كما لو كان المال في كيس مختوم ونحو ذلك فالضمان المنتفي على تقدير

الامتياز من حيث المزج وان اوجب الضمان من حيثية اخرى وكذا لو اودعه مالاً في كيس مختوم ففتح

ختمه لا فرق في فتح الختم بين ان ياخذ شيئا من الكيس وعدمه ولا في الختم بين ان يكون مشتملا على علامة للمالك

وعدمه لاشتراك الجميع في هتك الحرز والتصرف المنهي عنه ومثله الصندوق المقفل وكذا ما اشبه الختم مما دل على

قصد المالك الاخفاء به كالربط والشد لا ما يقصد به مجرد المنع والانتشار كما في الخيط والربط الذي يشد به راس

الثياب والمزمه منها والفارق بين الامرين القرائن وفي حكم القفل والختم الدفن فلو اودعه شيئا مدفونا فنبشه

ضمن ونبه بقوله في كيس مختوم على ان الختم المانع من تصرف المستودع هو ختم المالك فلو كان من المستودع لم يضمن

لانه لا هتك فيه فلا نقصان عما فعله هذا اذا لم يكن الختم فيه بامر المالك والا كان كختم المالك وحيث

يضمن بالفتح يضمن المظروف وفي ضمانه للظرف وجهان اجودهما ذلك للتصرف فيه المنهي عنه واستقرب

في التذكرة العدم لانه لم يقصد الخيانة في الظرف ويضعف بان الخيانة لا دخل له في الضمان بل التصرف وقد استشكل

فيها حكم ما لو عد الدراهم غير المختومة او وزنها او ذرع الثوب مع ان مقتضى تعليله عدم الضمان ولم يفتح الكيس المختوم لكن

يجب الختم فهو كفض الختم ويضمن ضمان الظرف ايضا ولو كان الخرق فوقه لم يضمن الا نقصان الخرق وكذا لو اودعه

كيسين فمزجهما لم يقيد المزج هنا بكونه على وجه لا يتميز احد المالين عن الآخر اما لاستلزامه ذلك او يكون المزج في الغالب

يراد منه ذلك او اراد تعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج لاستلزامه التصرف في المالين بغير اذن المالك حيث اقتضى اخراج احدهما

من كيسه وصبه على الآخر والظاهر انه يضمن المزج مطلقا واما الآخر فان كان محصوما ضمنه والا فلا مع

بقاء التميز لانه لم يحدث فيه تصرفا ممنوعا منه مع احتمال الضمان مطلقا وهو قول لبعض الاصحاب هذا كله اذا

كان الكيسان للمودع اما لو كانا للمستودع فلا ضمان مع بقاء التميز لان له نقل الوديعة من محل الى غيره وتفريغ ملكه ولا يعين

عليه الحفظ فيما وضع فيه اولا وقد تقدم انه لا فرق بين كون الكيسين معا وديعة او احدهما امانة غيرها او غصبا

وكذا لو امره باجارتها لحمل اخف فآجرها لا ثقل او لاسهل فآجرها لاشق كالقطن والحديد فلا اشكال

في الضمان

في الضمان هنا مع استعمال المستاجر لها في الاثقل لانه تعد محض من المستودع وهل يحصل بمجرد العقد يحتمل ذلك لتسلطه

على الانتفاع العدوان فيخرج عن كونه امينا كما يضمن بمجرد نيته بل بمجرد نيته على قول مع عدم فعل ما يوجب الضمان وعدمه كما لو نوى

الخيانة او التفريط او قال انه يفعل ذلك ولم يفعل ولم اقف في ذلك على شيء يعتد به والمراد بكون الاشق في المثالين

ان الحديد اسوء عند سكون الهواء والقطن اشق عند الهواء ومن ثم جمع بين المثالين ثم المضمون على تقدير

المخالفة هل هو الجميع على التقديرين لتحقق العدوان في ذلك الانتفاع مع احتمال التقسيط خصوصا في

حمل الاثقل لان القدر المأذون فيه ليس بمضمون وانما تعدى بالزائد فيقسط التالف عليهما وعلى هذا فيعتبر

في الاضر ما ساوى المأذون من الضرر مع احتمال ضمان الجميع وان قلنا به ثم لان مجموع الحمل مغاير للمأذون

بخلاف الاثقل اذا كان الثقل مستندا الى زيادة المقدار مع اتحاد الجنس كما اذا اذن له في حمل قفيز فآجرها

لقفيزين وسيأتي مثل هذا الاشكال في باب الاجارة وضمان الجميع اقوى مطلقاً ولو جعلها المالك في حرز

مقفل ثم اودعها ففتح المودع الحرز واخذ بعضها ضمن الجميع ولو لم يكن مودعه في حرز او كانت مودعة

في حرز للمودع واخذ بعضها ضمن ما اخذه الفرق بين الامرين واضح فانه في الاول تعدى بنفس فتح الحرز المقفل

من المالك فضمن الجميع كما تقدم وان لم يأخذ منه شيئا فاذا اخذ اولى واما اذا لم يكن مودعة في حرز فلم يحصل منه

تعد الا بما اخذ وكذا اذا كانت في حرز للمودع فان له فتحه في كل وقت لانه لا يعد متصرفا في مال المودع

بالكسر بل في ماله فلا يضمن من هذه الحيثية وانما يضمن من جهة الاخذ وهو مقصور على المأخوذ ويستثنى منه

ما اذا اسند المستودع بامر المالك فانه يصير به ما احرزه المالك ولا فرق في ضمان المأخوذ بين ان يصرفه

في حاجته وعدمه عندنا لان الاخراج على هذا القصد خيانة وعلى هذا فلو نوى التصرف في الوديعة

عند اخذها بحيث اخذها على هذا القصد كانت مضمونة عليه مطلقا الا انه لم يقبضها على وجه الامانة

بل على سبيل الخيانة وفي تأثير النية في استدامة الآخر كما يؤثر في ابتدائه وجهان من ثبوت

اليد في الموضعين مقترنا بالنية الموجبة للضمان ومن انه لم يحدث فعلا مع قصد الخيانة والشك

في تأثير مجرد القصد في الضمان ويرد في التذكرة ويتحقق ذلك في صور منها ان ينوي الاخذ

ولم يأخذ او الاستعمال ولم يستعمل او ان لا يرد الوديعة بعد طلب المالك ولم يتلفظ بالجحود وغير ذلك

وقد جزم المص فيما سبق بانه لو نوى الانتفاع لا يضمن بمجرد النية ولو اعاد بدله لم يبر ولو اعاده

ومزجه بالباقي ضمن ما اخذه ولو اعاد بدله ومزجه ببقية الوديعة مزجا لا يتميز ضمن الجميع اما لم يبر

مع اعادة البدل لانه لم يتعين ملكا للمودع اذ لا يحصل الملك الا بقبضه او قبض وكيله والمستودع ليس

وكيلا له في تعيين العوض وان كان وكيلا في الحفظ فاذا امتزج ما جعله بدلا بالباقي بحيث لا يتميز فقد مزج الوديعة بماله
وقد تقدم في ذلك ما يوجب الضمان ولو بقي متميزا فالباقي غير مضمون اذ لم يحصل فيه تعدٍّ ولو عاد عين المأخوذ لم يزل
الضمان عنه كما لا يزول بالرجوع عن كل تفريط وتعدٍّ ولا يتعدى الى الباقي وان مزجه به بحيث لا يتميز لان المجموع
مال المالك غايته ان بعضه مضمون وبعضه غير مضمون ولان هذا الاختلاط كان حاصلا قبل الاخذ
وعلى هذا لو كان المجموع عشرة دراهم واخذ منها درهما ثم رده اليها وتلفت بغير تفريط لم يلزمه الا درهم
ولو تلف منها خمسة لزمه نصف درهم وهكذا   يجوز السفر بالوديعة اذا خاف تلفها مع الاقامة
ثم لا يضمن انما يجوز السفر بها مع الخوف عليها مع تعذر ردها على المالك ووكيله والحاكم وايداعها الثقة بحيث
لا يكون في ايداعه خطر عليها فلو قدر على احدهم لم يكن له السفر بها وان خاف عليها نعم لو خاف عليها
على تقدير ايداعها سقط وجوبه وجاز السفر بها ح بل يجب اخذها معه لان حفظها واجب فاذا لم يحصل
الا بالسفر وجب من باب المقدمة وقد تقدم الكلام في ذلك والمص رحمه الله لو عبر بالجواز والظاهر
انه اراد به معناه الاعم فلا ينافي الوجوب اذ لا يجوز تركها ح مع الخوف عليها الا ان نقول ان السفر لا يجب عليه لاجلها
وان خاف تلفها بدونه بل ان اختار السفر وجب عليه استصحابها فلا يكون السفر واجبا وان وجب
مصاحبتها لو اختاره فيصح اطلاق جواز السفر ح وبهذا المعنى صرح بعض الاصحاب والاقوى الاول
بل قال في التذكرة انه لا نعلم فيه خلافا   ولا يجوز السفر مع ظهور امارة الخوف فلو سافر والحال
هذه ضمن هذا من تتمة الحكم السابق ومحصله ان السفر بالوديعة يسوغ لضرورته او ضرورتها
انما يجوز مع امن الطريق فلو كان مخوفا ولو بظهور امارة عليه معتد بها لظن الخوف لم يجز ولو سافر والحال هذه
ضمن لانه تغرير حتى لو فرض الخوف عليها في الحضر يكون ح تعارض عليها خطران فيرجح الاقامة لان السفر
نفسه خطر فاذا انضم اليه امارة الخوف زاد خطره على الخطر   لا يبرأ المودع الا بردها الى المالك او وكيله
فان فقدهما فالى الحاكم مع العذر ومع عدم العذر يضمن ولو فقد الحاكم وخشي تلفها جاز ايداعها من
ثقة ولو تلفت لم يضمن لما كانت الوديعة من العقود الجائزة جاز للمستودع ردها في كل وقت
لكن مع وجود المالك او وكيله في قبضها او مطلقا حيث يتناولها فردها عليه ولا يبرأ ح بردها
الى الحاكم لانه لا ولاية له على الحاضر الرشيد فان فقدهما واراد ردها على الحاكم وكان به حاجة
الى ذلك كان عجز عن حفظها او عرض له خوف سفر ومعه الى السفر المنافي لرعايتها او خاف عليها
من السرقة والحرق او النهب ونحو ذلك من الضرورات جاز له دفعها الى الحاكم لان له ولاية على الغائب
على هذا الوجه فان تعذر اودعها الثقة ولا ضمان فيهما لمكان الحاجة ولو لم يكن له عذر لم يجز
دفعها الى الحاكم ولا ايداعها الثقة وان كان له فسخ الوديعة لانه قد التزم الحفظ فلا يبرأ الا بدفعها
الى المالك او وكيله ولان المالك لم يرض بيد غيره ولا ضرورة له الى اخراجها من يده فليحفظها الى ان يجد

المالك

المالك او يتجدد له عذر المالك هكذا ذكره الاصحاب لا نعلم فيه خلافا بينهم ووافقهم جماعة من العامة واجاز بعضهم دفعها
الى الحاكم عند تعذر المالك مطلقا لانه نائب له وكيله وليس بذلك البعيد ثم على تقدير جواز دفعها الى الحاكم هل يجب عليه القبول
كما اذا كان له عذر ولم يجد المالك ولا وكيله وجهان من انه نائب عن الغائب وانه منصوب للمصالح ولو لم يجب
القبض فاتت المصلحة المطلوبة من نصبه ومن اصالة البراءة والاقوى الاول والوجهان آتيان فيما لو حمل اليه المديون
الدين مع غيبة المدين او الغاصب المغصوب او من له عنده لقطة ونحو ذلك من الامانات التي يليها الحاكم
ولو قدر على الحاكم فدفعها الى الثقة ضمن حيث يجوز له دفعها عن المالك ووكيله لتعذرهما سواء كان ذلك
لفسخ الوديعة مع العذر ام لارادة السفر الضروري يجب تقديم الدفع الى الحاكم على ايداع الثقة لانه وكيل عام عن
المالك فكان اولى فيضمن لو خالف الترتيب كما يضمن لو دفعها الى الحاكم مع امكان دفعها الى المالك او وكيله الخاص وقد تقدم
مرارا   اذا اراد السفر فدفنها ضمن الا ان يخشى المعاجلة   قد عرفت انه مع ارادة السفر يجب ردها الى المالك
او وكيله فالضمان ظاهر لانه لو دفعها الى الحاكم او اودعها الثقة ضمن فاذا دفنها في مكان يحتمل معه ذهابها لا سيما ان
يتفق موته فلا يصل مالكها اليها اولى وان تعذر الوصول الى المالك وامكنه الوصول الى الحاكم فكذلك وكذا لو تعذر ودفنها
في غير حرز او في حرز ولم يعلم بها الثقة او اعلمه ولم يكن تحت يده بان يكون في منزل المستودع ولو كان الموضع في يد الامين
فهو كما لو اودعه مع احتمال عدمه وهو ظاهر اطلاق العبارة لانه اعلام لا ايداع ولانه لا يلزمه حفظها بمجرد الاعلام
بخلاف ما لو قبل الوديعة فانه يترتب عليه وجوب ملاحظتها ونقلها من الموضع المخطر ونحو ذلك من لوازم الامانة وقطع في
التذكرة بالاول وفي الثاني قوة هذا كله اذا لم يخش المعاجلة قبل ايصالها الى من ذكر من المالك ومن ترتب
عليه والا جاز الدفن في موضع امن وقد وقع المعاجلة في كلام المص والجماعة مطلقة وهي تحتمل امرين
احدهما معاجلة السراق قبل ذلك وهو صحيح الا ان حفظها لا يكون الا بالدفن فيجب ويجزي لانه المقدور
وتعين كونه في حرز مع الامكان ولا شبهة ح في عدم الضمان عليه لمكان الحاجة   اذا اعاد الوديعة
بعد التفريط الى الحرز لم يبرأ ولو جدد له المالك الاستيمان برئ وكذا لو ابراه من الضمان   انما لم يبرأ بالرد لانه قد صار
بمنزلة الغاصب بتعديه فيستصحب الحكم بالضمان الى ان يحصل من المالك ما يقتضي زواله ويحصل ذلك بامور منها
ان يرده عليه ثم يجدد له الوديعة وهذا لا شبهة فيه لانه وديعة مستانفة يترتب عليها حكمها الذي من جملته
كون الودعي امينا ويدخل في قول المص جدد له المالك الاستيمان   ومنها ان يجدد له من غير ان يدفعها

اليه بان يقول له اذنت لك في حفظها او اودعتكها او استأمنتك عليها ونحو ذلك وقد جزم المص بعود الامانة بذلك ووجهه
ان الضمان انما كان لحق المالك وقد رضي بسقوطه باحداثه ما يقتضي الامانة ويمكن بناء ذلك على ان الغاصب اذا استودع هل
يزول الضمان عنه ام لا فان المستودع هنا قد صار بمنزلته والمسألة موضع اشكال اذ الامانة فانية بالوديعة
والضمان كان في الفرض المذكور فلا يزول الضمان السابق بتجدد ما لا ينافيه مع عموم قوله صلى الله عليه وآله على اليد
ما اخذت حتى تؤدي ومن انه قد اقام يده مقام يده وجعله وكيلا في حفظها وذلك يقتضي رفع الضمان ويمكن
البحث في نظائرها في مواضع كالرهن والقراض والاقوى هنا زوال الضمان لان المستودع نائب عن المالك في الحفظ
فكانت يده كيده وقبضه لمصلحته فكان المال في يده بمنزلة ما اذا كان في يد المالك بخلاف الرهن ومنها
ان يبريه من الضمان وقد جزم المص ببرائته ايضا والوجه فيه ما سبق من ان الضمان كان لحق المالك وقد
اسقطه بالبراءة ويشكل بان معنى الضمان ان العين لو تلفت وجب عليه بدلها والحال انها الان لم تتلف فيكون
الابراء من الضمان ابراء مما لم يجب ويمكن دفعه بان الضمان المستعمل بالتعدي معناه حصول ذمة الودعي متعلقة
بالمالك على وجه يلزمه بدل المال على تقدير تلفه ولزوم البدل من ثمرة الضمان وفائدته لا نفسه والساقط بالابراء
هو الاول لا الثاني ويدل على ان المراد من الضمان هو المعنى الاول انهم يحكمون عليه بمجرد العدوان بصيرورته ضامنا ولو
كان كذا ضمن ونحو ذلك مع ان لزوم البدل لم يحصل بذلك وانما حصل تعلق ذمته له وهذا معنى يمكن زواله بالبراءة
بل هو متعلق البراءة واما نفس البدل فلا يعبر عنه بالضمان والبراءة اذا تعلقت به فانما تكون من نفس المال لا من الضمان
الثابت بالعدوان واعلم ان ما ذكره من تعلق الحكم على اعادته الى الحرز بعد التفريط على سبيل المثال والا فالحكم
متعلق بكل موضع يثبت فيه الضمان ثم يزيل ذلك السبب بان يلبس الثوب ثم ينزعه عنه او يخلص او ياخذ الدراهم
ليصرفها ثم يردها او ينظر في الكتاب ثم يطبقه ويرده الى الحرز وغير ذلك من اسباب التعدي والتفريط والجحود وغيرها
ولو اكره على دفعها الى غير المالك دفعها ولا ضمان هذا هو المشهور بين الاصحاب لضعف المباشر
وقوة السبب فيختص به الضمان ولاصالة براءة الذمة ولان ترك التسليم ضرر منفي وسائغ فلا يستعقب
الضمان لانه مأذون فيه شرعا وخالف في ذلك ابو الصلاح رحمه الله فاوجب الضمان اذا سلمها بيده
وان خاف التلف لان اخذها المكره من الحرز بنفسه محتجا بانه متلف بالتسليم فكان ضامنا ووافقه
العلامة في التذكرة وجوابه قد علم مما سبق فان الغرور والاذن الشرعي اسقطا الضمان ولان الاكراه
صير فعله منسوبا الى المكره ولانه محسن فلا سبيل عليه وعلى تقدير ضمانه يقر استقراره على المكره وانما تظهر الفائدة في جواز
مطالبة المالك

مطالبة المالك له بالعين او البدل اذا انكر الوديعة او اعترف وادعى التلف او الرد ولا بينة فالقول قوله وللمالك
احلافه على الاشبه الاشبه يمكن ان يرجع الى قبول قوله في الاخير وهو الرد خاصة لانه موضع الاشكال من حيث ان
الاصل عدم الرد وعموم البينة على المدعي ومن حيث انه محسن وقابض لمحض مصلحة المالك وامين والاصل
براءة ذمته والمشهور قبول قوله فيه بيمينه هذا اذا ادعى ردها على من ائتمنه اما لو ادعى ردها على غير من
ائتمنه كالوارث فعليه البينة لان الاصل عدم الرد وهو لم يأتمنه فلا يكلف تصديقه ودعوى ردها
على الوكيل كدعوى ردها على الموكل لان يده كيده واما انكار الوديعة فلا شبهة في قبول قوله فيه لانه منكر
والاصل عدمها من غير معارض واما دعوى تلفها مع الاعتراف بها ابتداء فانه وان كان فيه مدعيا ومخالفا
للاصل الا ان المشهور قبول قوله فيه مع يمينه لانه امين فيقبل قوله على من ائتمنه ولا فرق في ذلك بين دعوى
التلف بسبب ظاهر كالحرق والغرق وخفي كالسرق فلاشتراكهما في المعنى خلافا للمبسوط حيث فرق فقبل
قوله في الثاني دون الاول الا ان يكون معلوما بالمشاهدة او الاستفاضة عا ما يمكن ما ولده له هذا بحيث م
اذا ذكر السبب ولو اطلق قبل قوله بيمينه ايضا قال في التذكرة بعد حكايته عن الشافعي ولا باس بهذا
القول عندي وقال الصدوق في المقنع يقبل دعوى التلف والضياع بلا يمين وعلى هذا يمكن عود الاشبه
الى قبول قوله في التلف بيمينه مطلقا فيكون ردا على القولين والى اثبات اليمين خاصة والى قبول قوله مطلقا
والى المجموع منها ومن قبول قوله في الرد اما لو دفعها الى غير المالك وادعى الاذن فانكر فالقول
قول المالك مع يمينه لانه منكر للاذن فيعدم قوله فيه ولاصالة عدمه ولان المدفوع اليه لم يأتمنه
فلا يقبل قوله في الرد اليه كما لو ادعى الرد الى الوارث وكون المدعى الدفع اليه وكيلا لتكون يده كيد المودع
غير معلوم لان انكاره للاذن له في الدفع اليه اخرجه عن كونه وكيلا وح فاذا حلف المالك نظر
ان كان ما ادعى الدفع اليه مقرا بالقبض وهي باقية ردت على المالك وان تعذر ارتجاعها منه بغيبة
او غيرها تخير المالك بين الرجوع عليه وعلى المدعي فان رجع على الودعي رجع على المدفوع اليه ان كانت
العين باقية فاذا استرجعها ردها على المالك واخذ البدل الذي دفعه وان كانت تالفة لم يكن له الرجوع
عليه لاعترافه بظلم المالك له من اخذ البدل فلا يرجع به على غير من ظلمه فان كان منكرا للقبض الذي
ادعاه المستودع فالقول قوله بيمينه مع عدم البينة ويختص الغرم بالمستودع ولو صدقه على الاذن
لم يضمن وان ترك الاشهاد على الاشبه اختلف الاصحاب في ان امره بدفع الوديعة الى غير المالك
او بقضاء دينه ولم يشهد فانكر المدفوع اليه هل يضمن الدافع ام لا فقيل يضمن فيهما لان اطلاق الاذن يقتضي

دفعا نابتا يمكن الرجوع اليه عند الحاجة فاذا ترك الاشهاد فقد قصر خصوصا الدين فان الغرض منه براءة الذمه
ولا تظهر الا بالاشهاد ولان الغريم اذا انكر فالقول قوله وقيل لا يجب الاشهاد فيهما ولا ضمان بتركه لان المامور به
هو الدفع وقد امتثله والتوثق عليه امر آخر يدل عليه اطلاق الامر وانما هو مطلوب الى الامر والى هذا القول مال
في المختلف وقيل يجب الاشهاد في قضاء الدين دون الوديعه اما الدين فلما ذكر واما الوديعه فلانها امانة
وقول المستودع مقبول في الرد والتلف فلا معنى للاشهاد ولان الودايع حقها الاخفاء بخلاف الدين
واختار هذا القول في التذكره وكثير من كتبه والمص رحمه الله هنا اختار عدم وجوب الاشهاد على اداء الوديعة
وفي الوكاله اختار التفصيل على تردد فيه والتفصيل حسن اذا اقام المالك البينة على الوديعه بعد
الانكار فصدقها ثم ادعى التلف قبل الانكار لم تسمع دعواه لاشتغال ذمته بالضمان ولو قيل تسمع دعواه وتقبل
بينته كان حسنا وجه عدم السماع انه بانكاره السابق مكذب لدعواه اللاحقه فلا تسمع لتناقض كلاميه
فلا توجه بها يمين عليه ولا على المدعى عليه ولذا لا تسمع بينته بطريق اولى لانه مكذب لها ووجه ما حسنه المص
من سماعها عموم الخبر وجواز استناد جحوده الى النسيان فيعذر وهو خيرة التذكره وفي المختلف منع من قبول بينته
وسماع دعواه بمعنى قبول قوله بيمينه لكن قال انه له عليه احلاف الغريم وهو نوع من سماع دعواه وفي القواعد
منعهما معا فصار في المسئله للعلامه ثلثة اقوال وفي المسئله قول رابع وهو انه ان ظهر لانكاره تاويلا
كقوله ليس لك عندي ما يلزمني رده او ضمانه ونحو ذلك قبلت دعواه وسمعت بينته وان لم يظهر له تاويلا لم تقبل
واختاره الشهيد رحمه الله وهو حسن هذا كله اذا كان الجحود بانكار اصل الايداع اما لو كانت صورته
لا يلزمني شيء او لا يلزمني تسليم شيء اليك او ما لك عندي وديعه او ليس لك عندي شيء فقامت البينه بها فادعى التلف
او الرد سمعت دعواه ببينة لعدم التناقض بين كلاميه وحينئذ فلنا نقبل بينته ان شهدت بتلفها قبل الجحود
برئ من الضمان وان شهدت بتلفها بعده ضمن لخيانته بالجحود ومنع المالك عنها اذا عين له حرزا بعيدا
عنه وجب المبادرة اليه بما جرت العادة فان اخر مع التمكن ضمن لما كان الواجب على المستودع وضع الوديعه
في حرز مع الاطلاق وفي المعين مع تعيينه وذلك شامل لجميع اجزاء الزمان الذي يكون فيه مستودعا لزم وجوب
المبادرة الى وضعها في الحرز ولو امر بوضعها في البيت وكان خارجا عنه او في الصندوق كذلك لم يصح له ابقاؤها
معه الى ان يصل اليه كيف شاء بل يجب عليه المبادرة بحسب العادة الى ايداعها ذلك المحل المعين فان اخر مع المبادرة
وان قل ضمن مع التمكن منها وينبغي ان يراد بالتمكن هنا ما يعم الشرعي والعقلي فلو كان في وقت فريضة قد ضاق
بحيث يستلزم المبادرة فواتها ونحوه عذر فيمكن الى ان يتم الواجب المضيق اما قضاء الوطر من الاكل والحمام
وقضاء الحاجه التي ليست ضروريه فلا يعد عذرا على ما سبق مع احتماله والكلام في بقاء الضمان مع عدم
المبادرة وان وضعها بعد ذلك في المعين كما سبق في التقصير ويتفرع على ذلك انه لو كان المعين البيت وله بيوت متعددة
فوضعها في احدها جاز نقلها الى الآخر ان لم يكن بينهما فاصل بعد خارجا عنهما وان كان من توابع الدار والاثم يجز
لان

لان المامور بها في القدر الخارج عنها خرج عن مقتضى الامر من غير ضرورة ولو كان في البيت صناديق جاز نقلها من بعض
الصناديق الى بعض لانه لم يخرج بها من البيت المعين ولو كان المعين الصندوق ضمن باخراجها الى غيره لما ذكرنا
من التعليل في نقلها من بيت الى آخر هذا اذا لم يكن المعين محصنا والا فحكم الضمان اوضح كل ذلك مع الاختيار
مع الخوف والحاجة الى النقل فلا ضمان ولو سلمها الى زوجته ليحرزها ضمن قد تقدم ان المستودع
لا يجوز له الايداع اختيارا ولا ان يشاركه غيره في الاحراز ولا فرق في ذلك بين الزوجه وغيرها عندنا بل يضمن مع
عدم احرازها عنها وان لم يسلمها اليها اجماعا منا ونبه بذلك على خلاف بعض العامه حيث جوز له ايداع زوجته
والخبر بن حيث جوز والاستعانه بها وبالخادم وثالث حيث جوز ايداع من عليه نفقته قاما على ماله وهو فاسد
معوض بالاحبي اذا اعترف بالوديعه ثم مات وجهلت عينها فهل تخرج من اصل تركته ولو كان له غرما
وضاقت التركه حاصهم المستودع وفيه تردد هذا هو المشهور بين الاصحاب ووجهه ان اعترافه
بالوديعه في حيوته اوجب ثبوت يده عليها والتزامه بها الى ان يردها الى مالكها فاذا لم يعلم كان ضامنا لها لعموم
على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولانه بترك تعيينها مفرط فيها فيضمن ولان الاصل بقاؤها في يده الى الموت وبعده
يكون في جملة التركه فاذا تعذر الوصول الى عينها وجب البدل فيكون بمنزلة الدين فيحاص الغرماء والمص تردد في هذا الحكم
وتردده يحتمل امرين احدهما ان يكون في اصل الضمان فان اعترافه بها في حيوته انما يقتضي وجوب الحفظ والاذن
منه بريه من ضمانها فاذا مات ولم يعلم احتمل تلفها قبل الموت بغير تفريط او ردها الى المالك والاصل براءة ذمته
من الضمان وكون التلف على خلاف الاصل معارض بهذا الاصل ولسنا متيقنين ايضا قطعا اذ لا يلزم من بقائها
تعلقها بالذمه والثاني ان يكون التردد في كيفية الضمان فان اصالة بقائها انما يقتضي كونها في
جملة التركه غايته ان عينه مجهوله فيكون مالكها بمنزلة الشريك وكون الشركه قهرية لا يقدح في الحكم كما لو امتزج
ماله بمال غيره بغير اختياره ثم مات احدهما فان الشركه يتحقق ويقدم الشريك بالحصه على غيره من الغرماء ولا سقا
الى البدل اذا تعذرت العين انما يكون مع عدم العلم بوجودها في جملة المال والا تعين البدل واصالة
البقا قد اوجبت ذلك والاقوى انه ان علم بقاء عينها الى بعد الموت ولم يتميز قدم مالكها على الغرماء
وكان بمنزلة الشريك وان علم تلفها بتفريط فهو اسوة الغرماء والا فلا ضمان اصلا لاصالة براءة الذمه
واصالة بقائها الى الآن لو سلمت لا يقتضي تعلقها بالذمه وقد سبق مثل هذا البحث في الرهن والقراض
اذا كان في يده وديعة فادعاها اثنان فان صدق احدهما قبل وان كذبهما فكذلك وان
قال لا ادري اقرت في يده حتى يثبت لهما مالك وان ادعيا او احدهما علمه لصحة الدعوى كان عليه اليمين اذا ادعى
كل من شخصين على ثالث بان ما في يده من المال المخصوص وديعه له عنده فاما ان يقر لاحدهما او لهما معا او يكذبهما
على وجه القطع او يقول لا ادري لايكما هي مع قطعه بانحصارها فيهما او يقول لا ادري لمن هي فان اقر

دفعا نا بتا يمكن الرجوع اليه عند الحاجه فاذا ترك الاشهاد فقد فرط خصوصا الدين فان الغرض منه براءة الذمه
ولا يظهر الا بالاشهاد ولان الغريم اذا انكر فالقول قوله وقيل لا يجب الاشهاد فيهما ولا ضمان بتركه لان المامور به
هو الدفع وقد امتثله والتوثق عليه امر آخر يدل عليه اطلاق الامر وانما هو مطلوب الى الامر والى هذا القول مال
في المختلف وقيل يجب الاشهاد في قضاء الدين دون الوديعه اما الدين فلما ذكر واما الوديعه فلانها امانة
وقول المستودع مقبول في الرد والتلف فلا معنى للاشهاد ولان الودايع حقها الاخفاء بخلاف الدين
واختار هذا القول في التذكره وكثير من كتبه والمص رحمه الله هنا اختار عدم وجوب الاشهاد على اداء الوديعة
وفي الوكاله اختار التفصيل على تردد فيه والتفصيل حسن اذا اقام المالك البينة على الوديعه بعد
الانكار فصدقها ثم ادعى التلف قبل الانكار لم تسمع دعواه لاشتغال ذمته بالضمان ولو قيل تسمع دعواه وتقبل
بينته كان حسنا وجه عدم السماع انه بانكاره السابق مكذب لدعواه اللاحقه فلا تسمع لبنا بين كلاميه
فلا توجه بها يمين عليه ولا على المدعى عليه ولذا لا تسمع بنفسه بطريق اولى لانه مكذب لها ووجه ما حسنه المص
من سماعها عموم الخبر وجواز اسناد جحوده الى النسيان فيعذر وهو خيرة الذكره وفي المختلف منع من قبول بينته
وسماع دعواه بمعنى قبول قوله بيمينه لكن قال انه له عليه احلاف الغريم وهو نوع من سماع دعواه وفي القواعد
منعهما معا فصار في المسئله للعلامه ثلثة اقوال وفي المسئله قول رابع وهو انه ان ظهر لانكاره تاويلا
كقوله ليس لك عندي يلزمني ردها او ضمانها ونحو ذلك قبلت دعواه وسمعت بينته وان لم يظهر له تاويلا لم يقبل
واختاره الشهيد رحمه الله وهو حسن هذا كله اذا كان الجحود بانكار اصل الايداع اما لو كانت صورته
لا يلزمني شيء او لا يلزمني تسليم شيء اليك او مالك عندي وديعه او ليس لك عندي شيء ثم قامت البينة بها فادعى التلف
او الرد سمعت دعواه ببينة لعدم التناقض بين كلاميه وحيث قلنا تقبل بينته ان شهدت بتلفها قبل الجحود
برئ من الضمان وان شهدت بتلفها بعده ضمن لجنايته بالجحود ومنع المالك عنها اذا عين له حرزا بعيدا
عنه وجب المبادرة اليه بما جرت العادة فان اخر مع التمكن ضمن لما كان الواجب على المستودع وضع الوديعه
في حرز مع الاطلاق وفي المعين مع تعيينه وذلك شامل لجميع اجزاء الزمان الذي يكون فيه مستودعا لزم وجوب
المبادرة الى وضعها في الحرز ولو امره بوضعها في البيت وكان خارجا عنه او في الصندوق كذلك لم يصح له ابقاؤها
معه الى ان يصل اليه كيف شاء بل يجب عليه المبادره بحسب العادة الى ايداعها ذلك المحل المعين فان اخر من المبادره
وان قل ضمن مع التمكن منها وينبغي ان يراد بالتمكن هنا ما يعم الشرعي والعقلي فلو كان في وقت فريضه قد ضاق
بحيث يستلزم المبادره فواتها ونحوه عذر ممكن الى ان يتم الواجب المضيق اما قضاء الوطر من الاكل والحمام
وقضاء الحاجه التي ليست ضروريه فلا يعد عذرا على ما سبق مع احتماله والكلام في بقاء الضمان مع عدم
المبادره وان وضعها بعد ذلك في المعين كما سبق في التقصير ويتفرع على ذلك انه لو كان المعين البيت وله بيوت متعددة
فوضعها في احدها جاز نقلها الى الآخر ان لم يكن بينها فاصل بعد خارجا عنها وان كان من توابع الدار والا لم يجز
لان

لان المامور بها في القدر الخارج عنها خرج عن مقتضى الامر من غير ضرورة ولو كان في البيت صناديق جاز نقلها من بعض
الصناديق الى بعض لانه لم يخرج بها عن البيت المعين ولو كان المعين الصندوق ضمن باخراجها الى غيره لما ذكرنا
من التعليل في نقلها من بيت الى آخر هذا اذا لم يكن المعين شخصا والا فالحكم الضمان او منع كل ذلك مع الاختيار
مع الخوف والحاجة الى النقل فلا ضمان ولو سلمها الى زوجته ليحرزها ضمن وقد تقدم ان المستودع
لا يجوز له الايداع اختيارا ولا مشاركة غيره في الاحراز ولا فرق في ذلك بين الزوجه وغيرها عندنا بل يضمن مع
عدم احرازها عنها وان لم يسلمها اليها اجماعا منا ونبه بذلك على خلاف بعض العامه حيث جوز له ايداع زوجته
والآخر بن حيث جوز الاستعانه بها وبالخادم وثالث حيث جوز ايداع من عليه نفقته فاما على عياله وهو فاسد
معوض بالاجنبي اذا اعترف بالوديعه ثم مات وجهلت عينها قيل تخرج من اصل تركته ولو كان له غرما
وضاقت التركه حاصهم المستودع وفيه تردد هذا هو المشهور بين الاصحاب ووجهه ان اعترافه
بالوديعه في حيوته اوجب ثبوت يده عليها والتزامه لها الى ان يردها الى مالكها فاذا لم يعلم كان ضامنا لها لعموم
على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولانه بتركه تعيينها مفرط فيها فيضمن ولان الاصل بقاؤها في يده الى الموت وبعده
يكون في جمله التركه فاذا تعذر الوصول الى عينها وجب البدل فيكون بمنزله الدين فيحاص الغرماء والمص تردد في هذا الحكم
وتردده يحتمل امرين احدهما ان يكون في اصل الضمان فان اعترافه بها في حيوته انما يقتضي وجوب الحفظ والاذن
منه بريه من ضمانها فاذا مات ولم يعلم احتمل تلفها قبل الموت بغير تفريط او ردها الى المالك والاصل براءة ذمته
من الضمان وكون التلف على خلاف الاصل معارض بهذا الاصل ولسا منا ضمن او نسيا فقطا اذا لا يلزم من بقائها
تعلقها بالذمه والثاني ان يكون التردد في كيفية الضمان فان اصالة بقائها اقتضى كونها في
جمله التركه غايته ان عينه مجهوله فيكون مالكها بمنزله الشريك وكون الشركه قهرية لا تقدح في الحكم كما لو امتزج
ماله بمال غيره بغير اختيارهم ثم مات احدهما فان الشركه تتحقق ويقدم الشريك بالحصه على غرمائه الغرماء ولا ينتقل
الى البدل اذا تعذرت العين انما يكون مع عدم العلم بوجودها في جمله المال والا منعنا البدل واصالة
البقاء قد اوجبت ذلك والاقوى انه ان علم بقاء عينها الى بعد الموت ولم تتميز قدم مالكها على الغرماء
وكان بمنزله الشريك وان علم تلفها بتفريط فهو اسوة الغرماء والا فلا ضمان اصلا لاصالة براءة الذمه
واصالة بقائها الى الآن لو سلمت لا تقتضي تعلقها بالذمه وقد سبق مثل هذا البحث في الرهن والقراض
اذا كان في يده وديعة فادعاها اثنان فان صدق احدهما قبل وان كذبهما فكذلك وان
قال لا ادري اقرت في يده حتى يثبت لهما مالك وانه ادعيا او احدهما علمه لصحة الدعوى كان عليه اليمين اذا ادعى
كل من شخصين على ثالث بان ما في يده من المال المخصوص وديعه له عنده فاما ان يقر لاحدهما او لهما معا او يكذبهما
على وجه القطع او يقول لا ادري لايهما هي مع قطعه بانحصارها فيهما او يقول لا ادري لمن هي فان اقر

لاحدهما بعينه حكم بها للمقر له ويحلف للآخر فان حلف له سقطت دعواه عنه وبقيت منازعته مع صاحبه فله
احلافه ايضا فان حلف سقطت دعواه ايضا واستقر ملك المقر له على العين ولو نكل الودعي عن اليمين احلف المدعي
على استحقاقها ان لم نقض بالنكول واغرم الودعي المثل او القيمة لحيلولته بينه وبينها باقراره الاول ان نزّلنا
اليمين المردودة منزلة اقرار المنكر اذ لو اقر بها ثانيا للآخر يغرم له فكذا اذا حصل ما هو بحكم الاقرار ولو جعلناها
كالبينة من المدعي ففي مساواته للاقرار او انتزاع العين من يد المقر له وجهان من سبق استحقاقه
باقرار من هي في يده فلا يزال بيمين الآخر لاصالة بقاء الحق وامكان الجمع بتغريم المقر البدل ومن اقتضاء البينة
كونها لمن شهدت له والاول اقوى لانها انما تكون كالبينة بالنسبة الى المتداعيين لا في حق غيرهما وكونها كالبينة
في حق المدعى عليه يقتضي غرمه لها عوضها لحيلولته بينه وبينها باقراره واليمين منهما هنا على البتّ لانها ترجع
الى الاستحقاق ونفيه ولو اقر بها لهما معا على سبيل الاشتراك فقد كذب كل واحد في دعوى الجميع وصدّقه
في البعض فيقسم بينهما ويكون حكم التصديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة الى الودعي وبالنسبة اليهما
ينفي النزاع بينهما في النصف فان حلفا او نكلا قسم بينهما وان حلف احدهما خاصة قضي له به ولا خصومة
للناكل مع المستودع وان اكذبهما معا اسقط دعواهما لان اليد له ولكل منهما احلافه على البت ايضا فان
نكل عن اليمين ردت عليهما وصارا في الدعوى سواء لان يدهما خارجة فان حلفا او نكلا قسمت بينهما وان حلف
احدهما خاصة اختص بها واذا قال هي لاحدكما ولا ادري من هو على التعيين فان صدقاه على عدم العلم
فلا خصومة لهما معه وبقي الخصومة بينهما والحكم كالسابق لكن يحتمل جعلهما بمنزلة ذي اليد لا الخارج
بخلاف الاول والفرق انه في الاول لا يد لاحدهما ولا اعتراف لذي اليد لاحدهما ايضا فهما خارجان عنها على التقدير
بخلافه هنا فان ذا اليد يعترف بان اليد لاحدهما وليس احدهما اولى من الآخر على تقدير الاشتباه ويحتمل مساواته
للاول لعدم ثبوت اليد لاحدهما وتظهر فائدة اليد وعدمها عند تعارض البينات على ما سيأتي ان شاء الله وان
كذباه في عدم العلم فادعى كل واحد منهما علمه بانه المالك فالقول قوله مع يمينه لكن الحلف هنا على عدم العلم
ويكفي يمين واحدة على الاقوى لان المدعى شيء واحد وهو علمه بكون المال المعين بخلاف السابق لانه نفى
استحقاق كل واحد فيحلف له وقيل يحلف لكل منهما يمينا لان كلا منهما مدّعٍ يدخل في عموم الحديث
السابق فاذا حلف لهما بقيت المنازعة بينهما وان حلف هنا فقيل يقرع بينهما فمن خرج اسمه
حلف سلمت اليه وقيل يوقف حتى يصطلحا والقولان للشيخ ولا قوي انهما يحلفان ويقسم بينهما
لتكافؤ الدعويين ولتساويهما في الحجة وهو قضية القسمة كذلك فلا يكون الامر مشكلا والا لافتقر حتى
يصطلحا ضرر والاصطلاح غير لازم ولو نكل عن اليمين وحلفا على علمه اغرم القيمة يجعل مع العين في ايديهما

لان تعيينهما

لان تعيينهما اقتضيا ان يكون عالما بالعين لكل واحد بخصوصه وبانكاره حصلت الحيلولة بين المستحق وحقه
فوجب ان يغرم القيمة ولما كانا سواء في اليمين لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر فيجعل العين والقيمة معا في ايديهما
وهل يقسم بينهما بحلفهما كذلك او يوقف حتى يصطلحا القولان ويمكن ان يقال هنا بان القسمة بينهما يتوقف
على حلفهما ثانيا على الاستحقاق لان اليمين الاول لم يتناوله وانما اثرت غرم القيمة لهما ولو كان حلفهما ابتداء
على الاستحقاق قسمت العين وان قال لا ادري اهي لكما او لاحدكما وادعيا عليه العلم فالقول قوله في نفيه
كما مرّ فاذا حلفا تركت في يده الى ان يقوم البينة وليس لاحدهما تحليف الآخر لانه لم يثبت لهما ولا لواحد
منهما عليها يد ولا استحقاق بخلاف الصورة السابقة ولو نكل عن اليمين ففي تسليمها مع حلفهما على الاستحقاق
وغرامته لهما القيمة لو حلفا على علمه احتمال لانحصار الحق فيهما ظاهرا ولا منازع لهما الآن ويحتمل
العدم لعدم حصر ذي اليد الحق فيهما ولم اقف في هذا القسم على شيء يعتد به واعلم ان قول المص
افترقت في يده يشمل القسمين المشتملين على عدم علمه اعني ما لو حصرها فيهما مع اشتباه العين وما لو ادخل في
الاحتمال معهما غيرهما واقراره في يده في الثاني جيد لان يده يد امانة ولم يتعين لها مالك يجب الدفع اليه
والحق ليس منحصرا فيهما ليتوهم سقوط امانته بمطالبتهما واما اقرارها في القسم الاول فمشكل انه كذلك لما
ذكرناه من كونها يد امانة ولم يتعين المالك وقيل انها تنتزع من يده لانحصار الحق فيهما ومطالبتهما اياه
ويضعف بان المطالبة المقتضية للعزل هي التي يجب معها التسليم وهنا ليس كذلك فلا مرية عليه ويرفع
الامانة والقولان للشيخ والعلامة اختار ما اطلقه المص واستوجه في المختلف رد الامر الى الحاكم
وهو في القسم الاول حسن اذا فرط واختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه وقيل
القول قول الغارم وهو الاشبه القول الاول للشيخ رحمه الله محتجا بانه بالتفريط خرج عن الامانة فلا يكون
قوله مسموعا وقيل ان به رواية ويضعف بانا لا نقبل قوله من جهة كونه امينا بل من حيث انه منكر للزائد
فيكون القول قوله كما ان المالك مدع فيكون عليه البينة عملا بعموم الخبر وهذا الحكم لا يختص بالامين
بل يتعدى الى كل من شاركه في هذا المعنى وان كان غاصبا والخبر لم يثبت على وجه يحصل به الحجة فما اختاره
المص اقوى وهو اختيار الاكثر اذا مات المودع سلمت الوديعة الى الوارث فان كانوا جماعة
سلمت الى الكل او الى من يقوم مقامهم ولو سلمها الى البعض من غير اذن ضمن حصص الباقين المراد بمن يقوم مقامهم

وكيلهم اجمع او وليهم او وصي من بينهم لو كانوا اطفالا او الحاكم مع غيبتهم او عدم وجود ولي خاص لهم ويجب
المبادرة الى المسلم المذكور لانها بموت المودع صارت امانة شرعية ولا فرق في وجوب المبادرة بين علم الورثة
بالوديعة وعدمه عندنا وقال بعض الشافعية ان مع علمهم لا يجب الدفع الا بعد الطلب ونفى عنه في التذكرة
الباس وهو وجيه الا انه لم يتحقق به قائل منا وان كان القول به ممكنا لعدم تحقق الاجماع

كتاب

العارية هي بتشديد الياء كانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب ذكره الجوهري وابن الاثير في نهايته
وقيل منسوبة الى العارة وهي مصدر من قولك اعرته اعارة وعارة كما يقال اجاب يجيب اجابة وجابة واطاق
اطاقة وطاقة وقيل ماخوذة من عار بعيرا اذا جاء وذهب ومنه قيل البطال عيار لتردده في بطالته (للبطال)
سميت عارية لتحولها من يد الى يد وقيل ماخوذة من التعاور والاعتوار وهو ان يتداول القوم الشيء بينهم
وقال الخطابي في غريبه ان اللغة الغالبة العارية وقد تخفف وهي عقد ثمرته التبرع بالمنفعة العقد
اسم للايجاب والقبول وجعلوا الثمرة عليه يقتضي ان للقبول مدخلا فيها مع ان التبرع بالمنفعة يحصل بالايجاب
خاصة لان المتبرع انما هو باذل العين لا المنتفع بها ويمكن الجواب بان القبول لما كان شرطا في صحة العارية لم يتحقق
الثمرة بدونه وان بذلها المعير فانه لو تبرع بالعين واوقع الايجاب فرده الآخر لم يحصل الثمرة وان حصل المتبرع
بالمنفعة فالمترتب على العقد هو التبرع على وجه يثمر في ذلك ولا يتم بدون القبول ونقض في طرده بالسكنى
والعمرى والحبس والوصية بالمنفعة فان هذه كلها عقود ثمرتها التبرع بالمنفعة واجيب بانها
في معنى العارية وان كانت لازمة وغايته انقسام العارية الى جايزة ولازمة كالاعارة للرهن وفيه نظر
لان هذه العقود في الاصطلاح متباينة مختلفة اللوازم والصيغ فادخال بعضها في بعض لمجرد المشاركة
في بعض الخواص اصطلاح مردود ولو اضيف الى ذلك قيد الجواز فقيل ثمرته التبرع بالمنفعة مع بقاء الجواز
لخرجت هذه العقود وبقيت السكنى المطلقة فانه يجوز الرجوع فيها متى شاء المسكن كما سياتي
وقد يلتزم فيها بانها عارية لتحقق المعنى فيها مطلقا ولا يقدح الصيغة لان العارية لا تختص بلفظ بل كل ما دل
على تسويغ الانتفاع بالعين تبرعا والسكنى المطلقة تقتضي ذلك ولكن يبقى العارية اللازمة خارجة فيحتاج
ادخالها الى قيد آخر والتزام جواز الرجوع فيها بالنسبة الى المستعير وان لم يؤثر بالنسبة الى المرتهن ويظهر
الفائدة في وجوب السعي على الراهن في تخليصها بما امكن ووجوب المبادرة الى ردها عند الفك على الفور بالمطالبة
السابقة ولو قلنا انه لا اثر لها وانها لازمة من طرفه مطلقا انتفت هذه اللوازم والاول ليس بعيدا من الصواب
اذ لا دليل على لزومها بهذا المعنى واعلم ان جعلها عقدا يقتضي اعتبار الايجاب والقبول اللفظيين لان ذلك
هو المفهوم من العقد وان لم ينحصر في لفظ كما هو شان العقود الجائزة وقد يتجوز في القبول فيطلق على ما يكتفى فيه بالقبول
الفعلي كما ذكروه في الوديعة والوكالة ونحوهما لكن يبقى الايجاب لا يتحقق العقد بدون التلفظ به وهذا هو الظاهر

من عبارة كثير

من عبارة كثير من الاصحاب لكن صرح في التذكرة بانه لا يشترط فيها اللفظ في الايجاب ولا في القبول بل يكفي ما يقوم مقامه
من الامور الدالة على الظن بالرضا محتجا بانه عقد ضعيف لانه يثمر اباحة الانتفاع قال وهي عقد يحصل بغير عقد
كما لو حسن ظنه بصديقه كفى في الانتفاع عن العقد وكما في الضيف بخلاف العقود اللازمة فانها موقوفة
على الفاظ خاصة اعتبرها الشرع انتهى وهو حسن حيث يحصل دلالة على الرضا بغير اللفظ كالكتابة والاشارة
اما مجرد حسن الظن فيكفي في الصديق كما ذكر لا مطلقا ويمكن الاكتفاء به فيمن تناولته آية الاكل من البيوت حيث
يكون المنفعة اقل من الاكل المأذون فيه لدخوله بطريق اولى حيث ان الاكل يستدعي اتلاف العين والانتفاع بالمكان
فهو عارية وزيادة الا انها محدودة بمدة يسيرة عرفية والا فلا عن مخصوصه فلا يدخل فيها الا ما كان اضعف منها
ليدخل من حيث المفهوم وما خرج عن ذلك يدخل في عموم النهي عن تناول مال الغير والانتفاع به والمرجع في الصديق
الى العرف ولا بد معه من عدم قرينة الكراهة والا فقد ينتفي الكراهة لكثرة مع تحقق الصداقة وقال في التذكرة
في موضع آخر الاقرب عندي انه لا يفتقر العارية الى لفظ بل يكفي قرينة الاذن بالانتفاع من غير لفظ دال
على الاعارة والاستعارة لا من طرف المعير ولا من طرف المستعير كما لو رآه عاريا فدفع اليه قميصا فلبسه تمت العارية
وكذا لو فرش لضيفه فراشا او بساطا او مصلى او حصيرا او القى اليه وسادة يجلس عليها او مخدة فاتكأ عليها كان
ذلك اعارة بخلاف ما لو دخل فجلس على الفراش المبسوط لانه لم يقصد بها انتفاع شخص بعينه وقضى بالظاهر وقد قال
صلى الله عليه وآله نحن نقضي بالظاهر ثم نقل عن بعض الشافعية الافتقار الى اللفظ قال والاقرب ما تقدم
وقد جرت العادة بالانتفاع بظرف الهدية المبعوثة اليه واستعماله كاكل الطعام من القصعة المبعوث فيها فانه
يكون عارية لانه منتفع بملك الغير باذنه وان لم يوجد لفظ يدل عليها بل شاهد الحال وليس بلازم لاحد
المتعاقدين كون العارية من العقود الجائزة لكل من المتعاقدين فسخه متى شاء موضع وفاق لكن يستثنى
منه مواضع الاول الاعارة للرهن بعد وقوعه وقد تقدم الكلام فيه الثاني اعارة الارض لدفن
ميت مسلم ومن بحكمه فانه لا يصح الرجوع بعد الدفن لتحريم نبشه وهتك حرمته الا ان تندرس عظامه وهو
موضع وفاق ايضا نقله في التذكرة اما لو رجع قبل الحفر او بعده قبل وضع الميت صح وكذا بعد وضعه
وقبل مواراته على الاقوى قال في التذكرة ومؤنة الحفر اذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن لازمة لولي الميت ويشكل
فيما لو لم يمكنه الدفن الا كذلك اذ لا تقصير منه حتى يسقط كونه من مال الميت ولا يلزم ولي الميت الطم لان الحفر ماذون فيه

الثالث اذا حصل بالرجوع ضرر بالمستعير لا يستدرك كما لو اعاره لوحا فرقع به السفينة فرفعها به ثم لجج في البحر فانه لا يجوز للمعير هنا الرجوع مادامت في البحر لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب المال او تلف النفس ويحتمل جوازه ويثبت له المثل او القيمة مع تعذر المثل لما فيه من الجمع بين المصلحتين او يقال بجواز الرجوع وان لم يجب تعجيل التسليم اليه ونظير الفائدة في وجوب المبادرة بالرد بعد زوال الضرر من غير مطالبة جديدة كما تقدم في الاستعارة للرهن ولو لم يدخل السفينة البحر او خرجت جاز الرجوع قطعا ولو كانت داخله لكن امكن رجوعها الى الشاطئ وجب اذا لم يتوجه على صاحبها ضرر الرابع ان يعيره حائطا ليضع عليه اطراف خشبه مع كون الطرف الآخر مبنيا في ملك المستعير فانه اذا بنى وادى الرجوع الى خراب ما بناه المستعير لم يجز عند المصنف رحمه الله وان دفع الارش لانه يؤدي الى قلع جذوعه من ملكه بخراب وهو غير جائز الخامس ان يعيره الارض للزرع فيزرع فليس له الرجوع فيها قبل ادراكه وان دفع الارش لان له وقتا ينتهي اليه وقد تقدم عليه في احكام الاعارة على المصنف وابن ادريس السادس ان يعيره الارض فيبني فيها او يغرس مدة معلومة فانه لا يجوز الرجوع فيها طول المدة ولو كانت غير موقتة فله الرجوع ذهب الى ذلك ابن الجنيد والاولى في هذه الثلثة جواز الرجوع مطلقا مع دفع الارش وانما يستثنى من القاعدة الثلثة الاول خاصة وسيأتي ذكر بعضها في كلام المص وكأنه ترك الاستثناء هنا اتكالا عليه ولا يصح اعارة الصبي ولا المجنون ولو اذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة قد تقدم في البيع ان عقد الصبي لا عبرة به وان اذن له الولي وانما جاز هنا لان العارية لما كانت جائزة ولا تختص بلفظ بل كلما دل على رضا المعير وهو هنا الولي كان اذنه للصبي بمنزلة الايجاب فالعبرة حينئذ باذنه لا بعبارة الصبي وعلى هذا فلا فرق بين المميز وغيره وينبغي ان يكون المجنون كذلك لاشتراكهما في الوجه فلا وجه لتخصيص الصبي بعد ذكرهما والمراد بالمعار هنا ملك الصبي كما يدل عليه مراعاة المصلحة وتحقق المصلحة بكون يد المستعير احفظ من يد الولي في ذلك الوقت لخوف ونحوه او لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن المنفعة او لكون العين ينفعها الاستعمال ويضرها تركه ونحو ذلك وكما لا يباشر بنفسه لا يصح ولا يتيه عن غيره هذا اذا لم يعلم المستعير بكون المالك قد اذن للصبي في الاعارة والا ينبغي جوازه ولا يتيه عن غيره على حد ما سبق بمعنى ان العبرة باذن المالك ولا وجه لتفصيل الحكمين المتقاربين وان كان اطلاق منع توليه عن غيره جيدا من حيث انه يتولى وله الانتفاع بما جرت العادة به في الانتفاع بالمعار المرجع في العادة الى نوع الانتفاع وقدره وصفته فلو اعاره

بساطا

بساطا اقتضى الاطلاق فرشه ونحوه من الوجوه المعتادة او لحافا اقتضى جعله غطاء فلا يجوز فرشه لعدم جريان العادة بذلك او حيوانا للحمل اقتضى تحميله قدر ما جرت العادة بكونه يحمله فلا يجوز الزيادة او فرسا من شأنها الركوب فلا يجوز تحميلها وعلى هذا القياس ولو تعددت منفعة العين فان عين نوعا تعين وان عمم جاز الانتفاع بجميع وجوهها وان اطلق فالاقوى انه كذلك ولو نقص من العين شيء او تلفت بالاستعمال من غير تعد لم يضمن الا ان يشترط ذلك في العارية لما كان اطلاق الاذن او تعميمه يقتضي الانتفاع بالعين من غير تقييد بالكثير والقليل اقتضى ذلك جواز استعمالها وان نقصت كالثوب يبلى والدابة تضعف على وجه لا يمنع منه فاذا فرض حصول نقص في العين او تلف لم يكن ذلك مضمونا لاستناد التلف الى ما ذون فيه ولو من جهة الاطلاق وما قطع به المص هو اصح القولين في المسألة وفيه وجه آخر وهو ضمان المتلف في آخر حالات التقويم لان الظاهر عدم تناول الاذن للاستعمال المتلف وان كان داخلا في الاطلاق نعم لو كان قد شرط الضمان في العارية ضمن وسيأتي الكلام فيه ولا يجوز للمحرم ان يستعير من محل صيدا لانه ليس له امساكه ولو امسكه ضمنه وان لم يشترط عليه لا شبهة في عدم جواز استعمال المحرم الصيد من المحل والمحرم لما ذكره المص من تحريم امساكه عليه فلو استعاره بعقد العارية فهل يقع العقد فاسدا يحتمله للنهي وعدمه لان المعاملات لا يبطلها النهي الا بدليل خارج وعبارة المص وغيره لا تدل على احد الامرين صريحا لان عدم الجواز اعم من الفساد كما ذكرنا فعلى تقدير صحته ان رده على المالك لزمه الفداء لله تعالى وبرئ من حق المالك وان تلف في يده فلا شبهة في ضمانه الفداء لله تعالى لانه ثابت عليه بمجرد الامساك كما في الصيد الذي ليس بمملوك حتى لو كان المعير محرما ايضا فعلى كل واحد منهما فداء ومقتضى عبارة المص وجماعة انه يضمنه مع التلف للمالك ايضا بالقيمة لانهم جعلوه من العواري المضمونة وان لم يشترط فيها الضمان ودليله غير واضح اذ مجرد تحريم استعارته لا يدل على الضمان سواء قلنا بفساد العقد ام بصحته اما مع صحته فالاصل في العارية عندنا ان تكون غير مضمونة الا ان يدل دليل عليه ولم يذكروا هنا دليلا يعتمد عليه واما مع فسادها فلان حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان وعدمه كما اسلفناه في مواضع قاعدة كلية ويمكن الاستدلال على ضمانه هنا باطلاق النصوص بان المحرم لو اتلف صيدا مملوكا فعليه فداؤه لمالكه فيدخل فيه صورة النزاع وفيه نظر لمعارضته بالنص الصحيح الدال على ان العارية غير مضمونة فكما يمكن تخصيص الاول بالصيد المأخوذ بغير اذن المالك يمكن تخصيص الثاني بغير الصيد فالترجيح غير واضح وزاد في التذكرة ان المحرم اذا قبضه من المالك وجب عليه ارساله وضمن المالك قيمته وانه ان رده على المالك ضمن لله تعالى

الفداء وسقطت عند القيمة للمالك ووجه الحكم الاول انه صيد وحكمه بالنسبة الى المحرم وجوب الارسال لكن ذلك
في المملوك موضع اشكال لتعارض حق الله تعالى فيه وحق الآدمي والقاعدة المعروفة في ذلك تقديم حق الادمي ويسعى رده على مالكه
وضمان الفداء لله تعالى كما ذكره ثانيا   ولو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل جاز لان ملك المحرم زال عنه
بالاحرام كما اخذ من الصيد بما ليس بملك   اذا حكم بزوال ملك المحرم عن الصيد صار في يده بمنزلة الاجنبي فاطلاق الجواز على
اعارته مشكل من ثلثة وجوه الاول ان العارية شرطها كون المعار ملكا للمعير وهو هنا منتف لما ذكروه من زوال
ملكه عنه الثاني ان تسليمه للمحل اعانة على الصيد واثبات سلطنة للغير عليه وهو محرم على المحرم فلا مناسبة اثبات
الجواز الثالث اذا كان تسليمه محرما على المحرم يحرم قبوله من المحل لاعانته له على الاثم والعدوان المنهي في القرآن
وان كان المحل متناولا للصيد لولا ذلك ولا فرق في الحكم بتحريم الاعارة المذكورة اعني اثبات صورتها وان كان الملك غير
متحقق وتحريم اخذ المحل له من يده للاعانة على المحرم لكن لو فعل ذلك لم يلزم المحل سوى الاثم ولا شيء للمحرم عليه لزوال
ملكه وعلى المحرم الفداء لو تلف في يد المحل لتعديه بالاعارة فانه كان يجب عليه الارسال ففي العبارة تساهل
في اللفظ واشكال في الحكم   ولو استعار من الغاصب وهو لا يعلم كان الضمان على الغاصب وللمالك
الزام المستعير بما استوفاه من المنفعة ويرجع على الغاصب لانه اذن في استيفائها بغير عوض والوجه
تعلق الضمان بالغاصب حسب وكذا لو تلفت العين في يد المستعير   المستعير من الغاصب يده يد ضمان
كما في كل من ترتبت يده على يده سواء كان عالما بالغصب ام جاهلا على اصح القولين في المسئلة لكن مع جهل
المستعير له الرجوع بما اغترمه المالك لدخوله على ان يكون العين والمنفعة غير مضمونة ويستثنى
منه ما اذا كانت العارية مضمونة فانه لا يرجع حينئذ على الغاصب بالقيمة لو تلفت في يده ويرجع
باجرة المنفعة اذا اخذها منه المالك وكذا لا يرجع بعوض النقصان قبل التلف لانه غير مضمون عليه
وان كانت مضمونة كما سيأتي ووجه ما اختاره المص من اختصاص الضمان بالغاصب حيث لا تكون
العارية مضمونة ان المستعير مغرور وضعفت مباشرته فكان السبب اقوى والمشهور الاول والحاصل
ان المالك مخير في الرجوع على كل منهما فان رجع على المستعير رجع على الغاصب ان لم تكن العارية مضمونة
والا رجع عليه بغير ما قدم على ضمانه وربما احتمل هنا ضعيفا رجوعه مطلقا لان استحقاق العين
اوجب فساد العارية فلا تكون مضمونة وهو مغرور مع الغصب فيرجع على من غره ويضعف بان غروره
في الغصب لا مدخل له هنا في الضمان لانا لم نضمنه من حيث الغصب بل من حيث كونها عارية مضمونة ودخوله

على ذلك

على ذلك فاذا تبين فساده الحق حكم الفاسد بالصحيح كما سلف من القاعدة وان رجع المالك على الغاصب لم يرجع على
المستعير ان لم تكن مضمونة والا رجع عليه بما كان يضمنه لو كانت صحيحة ولا فرق في ذلك كله بين المنفعة والاجزاء
والعين واطلاق المص رجوع المستعير على الغاصب او اختصاص الضمان به غير جيد بل كان عليه ان يستثني
العارية المضمونة   اما لو كان عالما كان ضامنا ولم يرجع على الغاصب ولو اغرم الغاصب رجع على المستعير
اذا كان المستعير من الغاصب عالما بالغصب فهو بمنزلة الغاصب في جميع الاحكام ومن حكم ترتب ايدي الغاصبين
على المال ان المالك مخير في الرجوع على ايهما شاء ويستقر الضمان على من تلفت العين في يده هذا اذا تساوت
قيمتها في ايديهما او زادت في يد المستعير اما لو اختص الغاصب بزيادة فيها ثم ذهبت قبل قبض المستعير اختص
بضمان الزائد لاختصاصه بغصبه فلا يرجع به المالك على المستعير ولا يرجع به الغاصب عليه لو رجع
المالك عليه ابتداء   وهي كل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه الخ   هذا الحكم بحسب الاصل
او الغالب والا فسيأتي جواز اعارة   والمستوفى منها اعيان لا منافع كالشعر والصوف واللبن
ويقتصر المستعير على القدر المأذون فيه وقيل يجوز ان يستبيح ما دونه في الضرر كان يستعير
ارضا للغرس فيزرع والاول اشبه   هذه المسئلة لم يذكرها العلامة في كتبه اجمع منها خلافا وفي
المختلف لم يذكرها وقطع بجواز الانتفاع بالادون ضررا والمساوي وما اختاره المص اوجه وموضع
الاذن لان الاصل عدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه خرج منه ما اذا اذن فيبقى الباقي وكون
الادون اولى بالاذن يدخل من باب مفهوم الموافقة ممنوع لجواز غرض المالك بالنوع الخاص والاولوية
ممنوعة نعم لو علم انتفاء الغرض في التخصيص توجه جواز التخطي الى الاقل كما انه لو نهى عن التخطي لم يجز
الى المساوي والاقل قطعا وكذا لو دلت القرائن على تعلق الغرض بالمعين اذا تقرر ذلك فلو عدل الى الاضر مع النهي
او الاطلاق او الى المساوي والادون مع النهي او الاطلاق على ما اختاره المص فهل يلزم الاجرة لمجموع الزرع
او يسقط منها مقدار اجرة المأذون فيه ويثبت الزائد خاصة وجهان من انه تصرف في ملك الغير
بغير اذنه وهو يستلزم ثبوت الاجرة كملا ومن انه قد اباحه المنفعة المخصوصة فلا يجب لها عوض فاذا
تخطى الى غيرها كان مقدار منفعة المأذون مباحا له فيضمن الزائد ان كان فعلى هذا الاصح في المساوي
والاقل ضررا الا الاثم خاصة والاقوى الاول لان المنفعة المأذون فيها لم يستوفها فسقط حقه منها

وما استوفاه وقع بغير اذن المالك فيضمن اجرته كملا لانه عدوان محض والعلامة رحمه الله فرق بين النهي عن التخطي وبين الاطلاق
فاوجب الاجرة كملا مع النهي واسقط التفاوت مع الاطلاق والفرق غير واضح لان التخطي في الحالين غير ماذون فيه غايته
انه في احدهما نص على المنع وفي الاخرى جاء المنع من اصل الشرع بواسطة عدم الاذن وذلك لا يوجب اختلاف
الحكم المذكور نعم لو كان الماذون فيه داخلا في ضمن المنهي عنه كما لو اذن في تحميل الدابة قدرا معينا فزاد عليه
او في ركوبها بنفسه فاردف غيره فيحتمل اسقاط قدر الماذون قطعا لان الماذون فيه بعض المنفعة التي استوفاها
فلا اجرة له بخلاف النوع المخالف ومثله ما لو زرع الماذون فيه وغيره   والمملوكة وان كان المستعير اجنبيا
منها لا خلاف عندنا في جواز اعارة الجارية للخدمة سواء كانت حسنة ام قبيحة وسواء كان المستعير
اجنبيا ام محرما لكن يكره اعارتها للاجنبي ويتاكد الكراهة اذا كانت حسنة خوف الفتنة وخالف في ذلك
الشافعي فحرم اعارتها الا ان تكون صغيرة لا تشتهى او كبيرة كذلك او قبيحة المنظر فله وجهان واما استعارتها
للاستمتاع فغير جائز اجماعا   ويجوز استعارة الشاة للحلب وهي المنيحة الحلب بفتح العين مصدر
قولك حلبت الشاة والناقة احلبها حلبا والمنيحة بالكسر الشاة المستعارة كذلك واصلها العطية
وجواز اعارة الشاة ثابت لذلك بالنص على خلاف الاصل لان اللبن المقصود من الاعارة عين لا منفعة وعدوا
الحكم الى غير الشاة مما يتخذ للحلب من الانعام وغيرها وفي التذكرة تجوز اعارة الغنم للانتفاع بلبنها وصوفها
وفي تعدي الحكم عن موضع الوفاق ان كان   وهو اعارة الغنم للبن نظر لعدم الدليل مع وجود المانع وهي
كون الاعارة مختصة في الاصل بالاعيان المستوفى منها المنافع والنص من طرقنا غير واضح ومن طرق العامة لا يدل
على غير الشاة   ويصح الاعارة مطلقا ومدة معينة وللمالك الرجوع   الحكم بجواز الرجوع متعلق بما اذا عين
المدة ونبه عليه بدخوله سابقا في كون العارية من العقود الجائزة من الطرفين على خلاف ابن الجنيد
حيث حكم بلزومها من طرف المعير اذا عين لها مدة لكنه خص الحكم باعارة الارض البراح للغرس
والبناء وما نقل الحكم بالقسمين معا اعني الاطلاق وتعيين المدة فلا نكتة فيه بعد ذكر الجواز مطلقا ووجه
جواز الرجوع مطلقا ان ذلك هو مقتضى العارية ولزومها في بعض الافراد يحتاج الى دليل صالح وتعيين
المدة لم يخرجها عن كونها عارية جائزة نعم يفيد تعيينها عدم جواز تصرف المستعير بعدها كما يفيد تعيين
المدة للقراض ذلك مع جواز الفسخ فيها لكل منهما   ولو اذن له في البناء او الغرس ثم امره بالازالة
وجبت الاجابة وكذا في الزرع ولو قبل ادراكه على الاشبه   انما فصل الزرع عنهما لان الخلاف فيه
دونهما لان امده اقرب انتهاء مدة وقد يصرحت الاشارة منه الى الحكم والمخالف فيه الشيخ رحمه الله حيث
اوجب على المعير الوفاء بالعارية الى حين ادراكه لان له وقتا ينتهي اليه بخلاف الغرس والبناء ووافقه ابن ادريس
ويمكن ان يكون الاشبه مبنيا على قول ابن الجنيد ايضا ويكون متعلقا بحكم الغرس والبناء من حيث الاطلاق

فانه يشمل

فانه يشمل ما لو اعاره لهما مدة معينة الا ان الاول انقد والانسب بفصل الزرع عنهما وعطفه عليهما بعد الفراغ من حكمهما وكيف كان
فالاقوى ما اختاره المصنف من جواز الرجوع مطلقا لان بناء العارية على الجواز الا ما اخرجه الدليل وهو منتف هنا وحديث
الضرر والاضرار مشترك بين المعير والمستعير فيسقط اعتباره للتعارض ويرجع الى الاصل مع انه يمكن الجمع بين المصلحتين
ودفع الضرر بين بدفع المعير الارش   وعلى الآذن الارش وليس له المطالبة بالازالة من دون الارش اي ارش الزرع
والغرس والبناء وهو تفاوت ما بين كونه منزوعا من الارض وثابتا وهل يعتبر فيه كونه مجانا او باجرة كلام الشيخ
في المبسوط صريح في الاول وهو الظاهر من كلام المصنف والجماعة مع احتمال اعتبار الثاني لان الرجوع في العارية يقتضي كون
ارض المعير مشغولة بملك غيره بغير اذنه فلا بد من اعتبار الاجرة في بقائه ويمكن دفعه بان وضعه في الارض لما كان صادرا
عن اذن المالك تبرعا اقتضى ذلك بقاءه تبرعا كذلك وانما صير الى جواز القلع بالارش جمعا بين الحقين فيقوم
ثابتا بغير اجرة مراعاة لحق المستعير ويقلع مراعاة لحق المعير وفيه ان جواز الرجوع في العارية لا معنى له الا ان
تكون منفعة الارض ملكا لصاحبها لا حق لغيره فيها وح فلا يستحق الابقاء فيها الا برضاه بالاجرة وحق المستعير
يجبر بالارش كما ان حق المعير يجبر بالتسلط على القلع وما اخذ الاجرة لو اتفقا على ابقائه بها وهذا هو الاقوى
واختاره في التذكرة في غير محله استطرادا ولما كان المراد من الارش هو التفاوت بين الحالين بحيث ينتفي التفاوت
كما اذا كان الرجوع بعد ادراك الزرع لا ارش ولا يضر حكم المصنف بالارش في جميع ما تقدم الذي من جملته
قوله وكذا الزرع ولو قبل ادراكه فان لو الوصلية تقتضي جواز الرجوع بعد ادراكه بطريق اولى فصار تقدير جملة الصور
المعقبة بثبوت الارش على الآذن والحال انه هنا لا ارش لعدم الاختلاف وايضا فالارش انما يكون في صورة
اختلاف حالتي القلع والبقاء وهو ثابت في الصور واشار بقوله وليس له المطالبة الخ الى ان دفع الارش شرط
في جواز المطالبة فلا يجب اجابته الى القلع قبل دفعه وان بذله لعدم تعذر الرجوع عليه بافلاس او غيبة
ونحوهما فيضيع حق المستعير ويلزم الضرر بخلاف ما لو دفع اولا فان غايته ان يهرب المستعير او يتعذر
مباشرته للقلع بوجه فيباشره المعير باذن الحاكم مع امكانه والا فبنفسه مع تعذره ويتعذر اذن المالك فلا
يحصل الضرر لكن هذا الدفع نوع من المعاوضة ومن شانها انها مع الاختلاف يجبران على التقابض معا من غير ان
يسبق احدهما الآخر وانما حكم هنا بسبقه مع الارش لان العين غير ممكنة وفي بسط الدفع على الاجزاء حرج وعسر
عن الدافع فيدفع بخلاف العكس فلذلك حكموا بتقدمه   واعلم ان المعير لو بذل قيمة الغرس والبناء لم يجب
اجابته كما لا يجب اجابة المستعير لو بذل قيمة الارض او الاجرة لان تملك مال الغير واستحقاق منفعة ماله موقوف
على رضاه خلافا للشيخ رحمه الله في الاول فانه اوجب على المستعير الاجابة محتجا بانتفاء الضرر عليه ولا يخفى
ضعفه بان مجرد انتفاء الضرر على المالك غير كاف في جواز تملك ماله بغير رضاه   ولو اعاره ارضا للدفن

لم يكن له جابر على نبع الميت   المراد بالميت هنا المسلم او من في حكمه كولده الصغير والمجنون واللقيط بشرطه اذ لا حرمة
لغيره وانما لزمت الاعارة هنا لما في النبش من هتك حرمته الثابتة له بعد الوفاة كالحيوة وهو موضع وفاق وغاية المنع
من الرجوع اندراس عظام الميت وصيرورته رميما والمرجع في ذلك الى الظن الغالب بحسب الترب والاهوية وانما اطلق
المص المنع لانه علقه على الطمع ولا يتحقق الا مع بقاء شيء من اجزائه فاذا بلى لم يبق الطلع فارتفع المنع   وللمستعير
ان يدخل الى الارض ويستظل بشجرها   اذا استعار الارض للغرس وغيرها جاز لكل من المعير والمستعير دخول الارض
اما المعير فلان الارض ملكه فله الدخول اليها في كل وقت وله ان يستظل بشجرها وان كان ملكا لغيره لانه جالس في ملكه كما لو
جلس في غيره من املاكه واتفق له التظلل بشجر غيره او في المباح كذلك والظاهر انه يجوز له الانتفاع منها بكل ما
لا يستلزم التصرف في الغرس ومثله البناء واما المستعير فلان الشجر ملكه فله الدخول لاجله بان يسقيه ويحرسه
ويهذبه ونحو ذلك وليس له ان يدخل لغرض آخر غير ما يتعلق بمصلحة الشجر والتنزه لا للتفرج لان الاستعارة وقعت
لمنفعة معينة فلا يتعداها   واعلم ان الموجود في عبارة الاصحاب وغيرهم في هذه المسئلة ان للمعير الدخول
والاستظلال بالشجر معللين بما ذكرناه من انه جالس على ملكه فلا يمنع منه واما المستعير فلم يذكر احد جواز جلوسه
للاستظلال وانما شرطوا في دخوله ما ذكرنا من متعلقات الشجر وعبارة المص هنا وقعت مما وجدناه من النسخ ان للمستعير
الدخول والاستظلال وحقه ان للمعير الدخول للاستظلال على ما وجدناه في اكثر كتب الفقه التي تعرضوا فيه لهذه المسئلة
من كتبنا وكتب غيرنا والنكتة في الاستظلال بالنسبة الى المعير واضحة كما ذكرناه واما المستعير فعلى تقدير جواز
استظلاله لا نكتة في تخصيصه من بين الوجوه التي ينتفع بها قال في التذكرة يجوز للمعير دخول الارض والانتفاع
بها والاستظلال بالبناء والشجر لانه جالس على ملكه وليس له الانتفاع بشيء من الشجر بثمر ولا غصن ولا ورق ولا غير
ذلك ولا بضرب وتد في الحائط ولا التسقيف عليه وليس للمستعير دخول الارض للتفرج الا باذن المعير لانه تصرف
غير ماذون فيه نعم يجوز له الدخول لسقي الشجر ومرمة الجدر حراسة لملكه عن التلف والضياع وقال
في التحرير للمعير الدخول الى ارضه والاستظلال بالشجر دون الانتفاع به من شد دابة فيه وغيره واما المستعير
فليس له الدخول لغير حاجة قطعا وفي دخوله لحاجة سقي الغرس وجهان وفي القواعد يجوز للمعير دخول الارض
والانتفاع بها والاستظلال بالبناء والشجر وكل ما لا يضر بالبناء والغرس وللمستعير الدخول لسقي الشجر ومرمة البناء دون
التفرج وباقي عبارات القوم قريبة من ذلك نعم ذكر الشهيد في اللمعة جواز استظلال كل منهما بالشجر وهو اجود من الاقتصار
على المستعير الا ان يحمل نكتة الاقتصار عليه بيان الفرد الاخفى   تنبيـه   يعلم من قولهم ان المستعير
ليس له الدخول للتفرج انه لا يجوز لاحد الدخول الى ارض غيره للتفرج بطريق اولى الا باذن المالك نعم لو كان صديقا
توجه الجواز مع عدم قرينة الكراهة كما تقدم في صدر العارية   ولو اعاره حائطا لطرح خشبة
فطالب بازالته كان له ذلك الا ان يكون اطرافها الاخر مثبتة في بناء المستعير فيؤدي الى اخرابه واجباره
على ازالة جذوعه عن ملكه وفيه تردد   هذا الحكم ذكره الشيخ رحمه الله وتبعه عليه ابن ادريس ووجه

ما اشار اليه

ما اشار اليه المص من ان رجوع المعير مستلزم للتصرف في ملك الغير وتخريب بنائه الواقع في ملكه فيمنع منه لان الثابت له
شرعا انما هو تفريغ ملكه من ملك الغير لا تخريب ملك الغير ووجه تردد المص فيه مما ذكر ومن انه عارية ومن لوازمها
جواز الرجوع فيها وما ذكر لا يصلح للمنع لان تفريغ مال المستعير مع المطالبة واجب فاذا توقف على تفريغ ملكه كان
من باب المقدمة التي لا يتم الواجب الا بها ويحتمل من هذه الحيثية والمستعير ادخل الضرر على نفسه ببنائه
في ملكه بناء معرضا للزوال بالرجوع في العارية التي هي مبنية على الجواز والاقوى الجواز مع الارش كما مر وهو
جابر لضرر المستعير   ولو اذن له في غرس شجرة فانقلعت جاز ان يغرس غيرها استصحابا للاذن
الاول وقيل يفتقر الى اذن مستانف وهو اشبه   وجه الاول ان الاذن قائم ما لم يرجع ويضعف بانه
قائم فيما دل عليه لا في غيره فعدم الجواز كما اختاره المص الا باذن جديد اقوى ومثله الزرع والبناء ووضع
الجذع مثل في التذكرة ما لو انقلع الفسيل الماذون له في زرعه في غير وقته المعتاد او سقط الجذع كذلك وقصر
الزمان جدا فالاولى ان له اعادته بغير تجديد الاذن   ولا يجوز اعارة العين المستعارة الا باذن
المالك ولا اجارتها لان المنافع ليست مملوكة للمستعير وان كان له استيفاؤها   اي لا يشترط المعير ان يكون
مالكا للمنفعة ولان الاصل عصمة مال الغير وصيانته عن التصرف فيه والاعارة انما تناولت المستعير
نعم يجوز للمستعير ان يستوفي المنفعة بنفسه وبوكيله ولا يعد ذلك اعارة لان المنفعة عائدة الى المستعير
لا الى الوكيل وهذا موضع وفاق وخالف بعض العامة فجوزه قياسا على اجارة المستاجر والفرق
واضح وحيث يعير المستعير فللمالك الرجوع باجرة المثل عن مدة الاعارة الثانية على من شاء منهما وبدل العين
لو تلفت فان رجع على المعير لم يرجع على المستعير الجاهل بالحال الا ان تكون العارية مضمونة فيرجع عليه
ببدل العين خاصة ولو كان عالما استقر الضمان عليه كالغاصب وان رجع على المستعير رجع على المعير بما لا
يرجع عليه به لو رجع عليه لغروره   هذا هو مقتضى القواعد وقد تقدم مثله في المستعير من الغاصب
وفي التذكرة والقواعد استشكل رجوع المستعير على المعير لو رجع عليه مطلقا وفي رجوع المعير على
المستعير الجاهل مع حكمه في المستعير من الغاصب بما سلف ومثله القول في الاجارة بل اولى لان
الاعارة جائزة فاذا رجع المعير امكن المستعير الرجوع في اعارته فقد يتوهم جوازه لذلك ويجعل المستعير
كالوكيل بخلاف الاجارة للزومها على تقدير صحتها مسا في الاعارة   العارية امانة لا تضمن الا بالتفريط
في الحفظ او التعدي او اشتراط الضمان   اجمع اصحابنا واكثر العامة على ان العارية امانة
لا تضمن بالتلف والنصوص الصحيحة على ذلك مطرقها كثيرة واستثنى منها مواضع الاول التعدي
والتفريط في الحفظ وقد كان يستغنى عن استثنائه لان نفي عدم الضمان الامانة في كل موضع انما

ويثبت بدونهما والامر سهل الثاني العارية من غير المالك والكلام في استثنائها كما مر فانها غصب في الحقيقة لا عارية
ولكنها بصورة العارية فاجروا عليها لفظها الثالث عارية الصيد للمحرم فان امساكه حرام فيكون متعديا وضامنا
وهذا ظاهر بالنسبة الى حق الله تعالى اما حق المالك فقد يشكل بما مر الرابع عارية الذهب والفضة الا ان
يشترط سقوطه وسيأتي الكلام فيه الخامس اذا اشترط ضمانها وهو صحيح بالنص والاجماع السادس عارية
الحيوان فان ابن الجنيد حكم بكونه مضمونا استنادا الى رواية يمنع ضعفها من العمل بها والاقوى انه كغيره مما لا يضمن
الا بالشرط وقد اتضح بذلك انه لا يستثنى الا ما استثناه المص خاصة اذا تقرر ذلك فالعارية بالنسبة الى
الضمان وعدمه مع الشرط وعدمه اربعة اقسام احدها ما يضمن وان اشترط عدم الضمان وهو الثلثة الاول
من الصور المستثناة ويحتمل قويا سقوطه في الاولى لانه في قوة اذن المالك له في الاتلاف مجانا فلا يستعقبه الضمان
اما الاخيران فالامر فيهما واضح لان اسقاط غير المالك الضمان لمال الغير لا عبرة به وكذا اسقاط الضمان عن المحرم لانه ثابت
عليه من عند الله تعالى لا باعتبار كونه صيدا لا باعتبار كونه مملوكا وثانيها ما لا يكون مضمونا وان اشترط الضمان
وهو استعارة المحل الصيد من المحرم وقد تقدم تسمية المص له استعارة وثالثها ما يكون مضمونا الا ان يشترط
عدم الضمان وهو استعارة الذهب والفضة ورابعها ما لا يكون مضمونا الا ان يشترط الضمان وهو باقي اقسامها

ويضمن اذا كان ذهبا او فضة وان لم يشترط الا ان يشترط سقوط الضمان هذه احدى الصور
التي يضمن فيها العارية من غير شرط بل هي الفرد الاظهر كما تقرر ومستند الحكم النصوص الواردة عن اهل البيت عليهم السلم
كرواية زرارة في الحسن عن الصادق عليه السلم قال قلت له العارية مضمونة فقال جميع ما استعرته فتوى فلا
يلزمك تواه الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا ان يشترط انه متى توى يلزمك تواه وكذلك جميع ما
استعرت واشترطت عليك لزمك والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك وروى ابن
مسكان في الصحيح عنه عليه السلم لا تضمن العارية الا ان يكون اشترط فيها ضمانا الا الدنانير فانها مضمونة
وان لم يشترط فيها ضمانا وفي حسنة عبد الملك مثلها الا ان الاستثناء فيها للدراهم وقد علم من
ذلك ان عارية الدراهم والدنانير مضمونة ولا خلاف في ضمانها عندنا انما الخلاف في غيرهما من الذهب
والفضة كالحلي المصوغة فان مقتضى الخبر الاول ونحوه دخولها ومقتضى تخصيص الثاني بالدراهم
والدنانير خروجها من الاصحاب من نظر الى ان الذهب والفضة مخصصان من عدم الضمان مطلقا
ولا منافاة بينهما وبين الدراهم والدنانير لانهما بعض افرادهما فيستثنى الجميع ويثبت الضمان في مطلق
الجنسين ومنهم من التفت الى ان الذهب والفضة مطلقان او عامان بحسب افادة الجنس المعرف
العموم وعدمه فالدراهم والدنانير مقيدان او مخصصان فيجمع بين النصوص بحمل المطلق على المقيد او العام
على الخاص والتحقيق في ذلك ان نقول ان هنا نصوصا على ثلثة اضرب احدها عام في عدم
الضمان

الضمان من غير تقييد كصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلم ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة
مؤتمن وقريب منها صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلم وثانيها بحكمها الا انه استثنى مطلق الذهب والفضة
وثالثها بحكمها الا انه استثنى الدنانير او الدراهم وح فلا بد من الجمع فاخراج الدراهم والدنانير لازم لخروجهما
على الوجهين الاخيرين فاذا اخرجا من العموم بقي العموم فيما عداهما بحاله وقد عارضه التخصيص بمطلق الجنسين
فلا بد من الجمع بينهما بحمل العام على الخاص فان قيل لما كان الدراهم والدنانير اخص من الذهب والفضة وجب
تخصيصهما بهما عملا بالقاعدة فلا يبقى المعارضة الا بين العام الاول والخاص الاخير قلنا لا شك ان كلا
منهما مخصص لذلك العام لان كلا منهما مستثنى وليس هنا الا ان احد المخصصين اعم من الآخر مطلقا
وذلك غير مانع من تخصيص العام الاول بكل منهما ونفس مطلقه لا ان احدهما يخصص بالاخر لعدم المنافاة بين
اخراج الذهب والفضة في لفظ والدراهم والدنانير في لفظ حتى يوجب الجمع بينهما بالتخصيص والتقييد وايضا
فان العمل بالخبرين الاخصين لا يمكن لان احدهما لا يخص الا الدنانير وابقى الباقي على حكم عدم الضمان وكذلك
مدلولهما قاصر والعمل بكل منهما لم يقل به احد بخلاف الخبر المخصص بالذهب والفضة فان قيل التخصيص
انما جعلناه بهما معا لا بكل واحد منهما فلا يضر عدم دلالة احدهما على الحكم المطلوب منه قلنا هذا ايضا لا يمنع قصور
كل واحد عن الدلالة لان كل واحد مع قطع النظر عن صاحبه قاصر وقد وقعا في وقتين وفي حالين مختلفين
فظهر ان ارادة الحصر من كل منهما غير مقصودة وانما المستثنى فيهما من جملة الافراد المستثناة وعلى تقدير الجمع
بينهما بحمل المستثنى مجموع ما استثنى فيهما لا يخرجان عن القصور في الدلالة على المطلوب اذ لا يعلم منهما
ان الاستثناء ليس مقصورا على ما ذكر في كل واحد فان قيل اخراج الدراهم والدنانير خاصة ينافي
اخراج جملة الذهب والفضة فلا بد من الجمع بينهما بحمل الذهب والفضة على الدراهم والدنانير كما يجب
الجمع بين عدم الضمان لمطلق العارية والضمان لهذين النوعين لتحقق المنافاة قلنا نمنع المنافاة
بين الامرين فان استثناء الدراهم اقتضى بقاء العموم في حكم عدم الضمان فيما عداهما وقد عارضه الاستثناء
الآخر فوجب تخصيصه به ايضا فلا وجه لتخصيص احد المخصصين بالآخر وايضا فان حمل العام
على الخاص استعمال مجازي وابقاؤه على عمومه حقيقة ولا يجوز العدول الى المجاز مع امكان الاستعمال
على وجه الحقيقة وهو هنا ممكن في عموم الذهب والفضة فيتعين وانما صرنا الى التخصيص في الاول
لتعينه على كل تقدير فان قيل اذا كان التخصيص يوجب المجاز وجب تقليله ما امكن لان
كل فرد يخرج يوجب زيادة المجاز في الاستعمال حيث كان حقيقته ان يطلق على جميع الافراد وح
فنقول قد تعارض هنا مجازان احدهما في تخصيص الذهب والفضة بالدنانير والدراهم والثاني

في زيادة تخصيص العام الاول بمطلق الذهب والفضة على تقدير عدم تخصيصهما بالدنانير والدراهم وترجيح احد المجازين على
الآخر من غير مرجح ولم يكن ترجيح تخصيص الذهب والفضة لان فيه مراعاة فوات التعارض بينه وبين ما هو اخص منه
فلا نسلم التعارض بين الامرين لان استعمال العام الاول على الوجه المجازي حاصل على كل تقدير اجماعا وزيادة التجوز
في الاستعمال لا تعارض به اصل التجوز في المعنى الآخر فان ابقاء الذهب والفضة على عمومهما استعمال حقيقي وكيف
كان فمجرد تقليل التجوز مع ثبوت اصله وبذلك يظهر بطلان الترجيح من غير مرجح لان المرجح حاصل في جانب الحقيقة
هذا مع ما عرفته الحال من الكلام على هذين الوجهين وبقي فيه مواضع تحتاج الى تنقيح والمعتمد
في الحكم تضمينهما في الجملة على الخصوص واما تعليل الضمان فيهما بان المنفعة فيهما ضعيفة لا يعتد بها في نظر
الشرع والمقصود منها الانفاق فكانت مضمونة عملا بالغاية الذاتية وان هذه الحكمة تتوى في الموضع
كثرت منفعته بدون انفاقه فيختص حكم الضمان بالدراهم والدنانير فهو ضعيف لا يصلح لتأسيس الحكم
الشرعي فان اعارتهما انما صح لمنفعتهما على تقدير بقائهما لانه شرط صحة الاعارة وضعف المنفعة وقوتها
لا مدخل له في اختلاف الحكم كما لا يختلف حكم استعارة المعير وقطعه من حصر اذا رد العارية
الى المالك او وكيله برئ ولو ردها الى الحرز لم يبرأ اي ردها الى حرز المالك من غير ان يوصلها الى يده او ما في حكمها
كما لو رد الدابة الى اصطبله او رد آلة الدار اليها وعدم برائته بذلك واضح لانه لم يسلمها الى المالك وعلى اليد ما
اخذت حتى تؤدي بل لو لم تكن العارية مضمونة صارت مضمونة بذلك لتفريطه بوضعها في موضع لم ياذن
المالك بالرد اليه كما لو ترك الوديعة في دار صاحبها والدابة المودعة في الاصطبل فتلفت قبل ان يسلمها المالك
هذا الاطلاق فيه عندنا وانما نبه به على خلاف ابي حنيفة حيث ذهب الى ان ردها الى ملك المالك
كردها اليه لان رد العواري في العادة يكون الى املاك اصحابها وفساده واضح واطراد العادة بذلك ممنوع
ولو استعار الدابة الى مسافة فجاوزها ضمن ولو اعادها الى الاول لم يبرأ مبدأ الضمان حيث
الاخذ في تجاوز المأذون ويستمر الى ان يردها الى المالك واما ضمان المنفعة وهو الاجرة فيثبت
في المسافة المتجاوزة ذهابا وعودا الى الموضع المأذون فيه خاصة لانه فيها غاصب ولم يبطل الاعارة
بذلك ويكون استعمالها بعد عوده الى المأذون فيه الى ان يردها الى الوجه المأذون جائز وان كان الاصل
مضمونا بالتعدي السابق ولو كانت العارية مضمونة في اصلها ضمنها من حيث اخذها الى ان يأخذ
في تجاوز المأذون ضمان العارية وهو ضمان العين دون المنفعة على ما سلف وفي المتجاوز
ضمان الغصب الى ان يعود الى المأذون ومنه ان يصل الى المالك فضمان العارية ايضا عندنا
يجوز للمستعير بيع غروسه وابنيته في الارض المستعارة للمعير والى غيره على الاشبه الخلاف
في بيعه لغير المعير ووجه المنع انه في معرض الهدم والنقض وان ملكه عليه غير مستقر لان
المعير يستبد بتملكه والاقوى الجواز لانه مملوك له في حال بيعه غير ممنوع من التصرف فيه وكونه
متزلزلا

متزلزلا لا يمنع من جواز بيعه كما يجوز بيع الحيوان المشرف على التلف وهو في معرض الهلاك ومستحق القتل قصاصا كذلك
على ما مر ثم ان كان المشتري جاهلا بالحال فله الفسخ لان ذلك عيب لانه ان كان عالما بل ينزل منزلة المستعير
ولو اتفقا على بيع ملكهما معا بثمن واحد صح على خلاف تقدم في باب الشركة ويوزع الثمن عليهما فيوزع على الارض
مشغولة بالغرس او البناء على وجه الاعارة مستحق القلع مع الارش او الابقاء مع الاجرة او التملك بالقيمة مع التراضي
وعلى ما فيها من بناء او غرس مستحق للقلع على احد الوجوه الثلاثة فحصة الارض للمعير وحصة ما فيها للمستعير
اذا حملت الاهوية والسيول حبا الى ملك الانسان فنبتت كان لصاحب الارض ازالته ولا يضمن الارش كما في اغصان
الشجرة البارزة الى ملكه اذا حملت السيول وشبهها حبا الى ارض آخر فلا يخلو اما ان يكون مما يعرض عنه
مالكه اولا وعلى التقديرين اما ان يعلم المالك ويجهل منحصرا في جماعة منحصرين اولا وعلى التقادير الستة
فاما ان يكون متمولا او قليلا غير متمول كالحبة الواحدة فالصور اثنتا عشرة فان اعرض عنها المالك وطرحها وان
كانت كثيرة فلمالك الارض تملكها وله طرحها من ارضه كما يجوز تناول ما اعرض مالكه عنه من الثمار والسنبل ونحوها
ويجوز للمالك الرجوع فيه ما دامت العين باقية لان ذلك بمنزلة الاباحة وان لم يكن اعرض عنها وكان معلوما
فهي باقية على ملكه ولصاحب الارض مطالبته بالازالة فيجب عليه لان ملكه قد شغل ارض غيره بغير حق فيجب
تخليصه منها وهل يجب عليه الاجرة للمدة التي كان باقيا فيها اما بعد المطالبة والتمكن من ازالته فالوجوب
واضح لانه حينئذ بمنزلة الغاصب مختارا واما قبل ذلك فالظاهر انه لا اجرة عليه اذ لم يقصر في القلع ولا حصل
في الارض بتفريطه فاذا قلعه وجب عليه تسوية الارض وطم الحفر لانها حدثت بفعله لتخليص ملكه منها
فاذا امتنع اجبر عليه وجاز لصاحب الارض نزعه منها كما لو سرت اغصان شجرة الى ملكه ولو اشتبه
المالك في قوم منحصرين وجب عليهم اجمع التخلص بالصلح او التمليك ونحوه ويجب على مالك الارض ايضا مراجعتهم
فيما يراجع فيه المالك المعين ولو لم ينحصر المالك كان بمنزلة اللقطة يجوز تملكه ان كان دون الدرهم حين التملك
فلو تركه من غير نية التملك حتى بلغه وجب تعريفه كاللقطة ويحتمل كونه كالمجهول المالك في جواز التصدق به
عنه من غير تعريف ولو كان قليلا لا يتمول كنواة واحدة وحبة واحدة فيحتمل كونه لمالك الارض ان قلنا
لا يجب رده على مالكه لانتفاء حقيقة المالية فيه والنمو انما حصل في ارضه والاقوى عدم جواز
تملكه مطلقا فيكون حكمه كما تقدم ولو حمل السيل ارضا بشجرها او بدونه فهي لمالكها ويجبر على ازالتها كما مر
في جميع ذلك لو تركه مالكه لصاحب الارض التي نقل اليها فان قبله فلا كلام والا ففي وجوب ازالته على
مالكه وجهان وقطع في التذكرة بانه يسقط عنه حينئذ مؤنة نقله واجرته لانه حصل بغير تفريطه

ولا عوض له وكان الخيار لصاحب الارض المشغولة ان شاء اخذه لنفسه وان شاء قلعه لو نقصت بالاستعمال
ثم تلفت وقد شرط ضمانها ضمن قيمتها يوم تلفها لان النقصان المذكور غير مضمون اذا شرط ضمان المستعار بعد شرط ضمان
عينه على تقدير التلف وضمان نقصانه على تقديره وضمانهما وقد يطلق اشتراط الضمان ولا شبهة في اتباع
مقتضى شرطه في الثلاثة الاول فتضمن العين خاصة في الاول والنقصان خاصة في الثاني الى ان ينتهي حالات ينوه
اما ضمانهما معًا في الثالث وانما الكلام عند اطلاق اشتراط الضمان وهذه مسئلة الكتاب والمص رحمه الله
جزم بان الاطلاق ينزل على ضمان العين خاصة فيضمن قيمتها يوم التلف لان الاصل حصل بسبب ماذون فيه
فلا يكون مضمونًا ولانها لو لم تتلف وردها على تلك الحال لم يجب عليه شيء فاذا تلفت وجب مساويها
في تلك الحال ويمكن الفرق بين تلف الاجزاء الموجب للنقص بالاستعمال وغيره فيضمن على الثاني دون الاول
لان تلفها امر ماذون فيه فلا يستعقب ضمانا وقد يمنع اصل هذه الوجوه ويحكم بضمان النقص
وان ردها فان ذلك من مواضع النزاع اذ لما نمنع ان يمنع من كون النقص غير مضمون في المضمونة سواء تلفت
ام ردها لان مقتضى تضمين العين تضمين اجزائها لانها مركبة منها والاذن في اصل الاستعمال لا ينافي الضمان
والحال انه مشروط اذ ليس من لوازم اصل الاستعمال النقص فيجوز ان يكون اصل الاستعمال ماذونا فيه
والنقص مضمونا وفي القواعد استشكل الحكم وفي التذكرة وافق على ما ذكره المص والقول بالضمان لا يخلو
من قوة فان قلنا به ضمن اعلى القيم من حين القبض الى حين التلف ان كان اختلافها من حيث الاجزاء كالثوب
يلبس ويتمحق على التدريج ولو كان الاختلاف من حيث القيمة السوقية لم يضمن الزائد بسببه لان ذلك ليس من مدلول
ضمان العين خصوصًا ان لم يوجبه على الغاصب وان قلنا بعدم الضمان ضمن قيمته آخر السوم واحترز
بقوله وقد شرط ضمانها عما لو كان موجب الضمان التفريط او التعدي فانه يوجب ضمان الاجزاء المتاخرة
عن وقت الضمان دون الذاهبة قبله بالاستعمال ونحوه من الوجوه التي هي غير مضمونة وفي القواعد
ساوى بين الامرين في الحكم بالضمان وعدمه في الاجزاء المتقدمة على التفريط والمتاخرة عنه وليس بجيد
اذا قال الراكب اعرتنيها وقال المالك آجرتكها فالقول قول الراكب لان المالك مدع للاجرة
وقيل القول قول المالك في عدم العارية فاذا حلف سقطت دعوى الراكب ويثبت عليه اجرة المثل
لا المسمى وهو اشبه القول الاول للشيخ رحمه الله في الخلاف ووجهه انهما متفقان على ان
تلف المنافع وقع على ملك المستعير لان المالك يزعم انه ملكها بالاجارة والمستعير يزعم انه ملكها
بالاستيفاء المستند الى الاعارة لان المستعير يملك بذلك الاستيفاء بدلالة شرعية على القول ثم المالك
يدعي عليه عوض ما استوفاه من ملكه وهو ينكر استحقاقه والاصل يقتضي عدم وجوبه وبراءة

ذمة الراكب منه

ذمة الراكب منه فيكون القول قوله والراكب يدعي شغلها فيحتاج الى البينة ويشكل بان المنافع اموال كالاعيان فهي بالاصالة
لمالك العين فادعى الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الاصل واصالة براءة ذمته انما يصح من خصوص ما ادعاه
المالك لان مطلق الحق بعد العلم باستيفائه المنفعة التي من جملة اموال المالك وحقوقه والاصل يقتضي
عدم خروجها من ملكه مجانا ثم ذهب المص وقبله ابن ادريس الى تقديم قول المالك في عدم العارية
وان لم يقبل قوله فيما يدعيه من الاجرة لانه مدع ايضا فيحتاج الى البينة كما ان الراكب مدع للعارية فلا يقبل
فيها فاذا حلف المالك على نفي العارية لم يثبت الاجرة ولكن يثبت كون الراكب تصرف في ملكه بغير تبرع منه فيجب عليه
اجرة المثل ويشكل بما لو كان ما يدعيه من الاجرة اقل من اجرة المثل لاعترافه بنفي الزائد فينبغي ان يثبت له بيمينه اقل
الامرين مما يدعيه واجرة المثل لان الاقل ان كان ما يدعيه من الاجرة فهو يعترف بعدم استحقاقه سواه
وان كان الاقل اجرة المثل فلم يثبت بيمينه سواها اذ لم يثبت الاجارة وانما لزم تصرف الراكب في ماله بغير اذن
المالك على وجه الشرع وهذا هو الذي اختاره العلامة في القواعد وهو اجود من السابق الا انه يشكل
بان المالك يدعي الزائد من الاجرة عن اجرة المثل على تقدير كون المسمى اكثر والراكب ينفيه فلابد من وجه شرعي يقتضي
نفيه وحلفه على نفي الاعارة لم يدل على نفي الاجارة كما لا يدل على اثباتها واثبات اقل الامرين باليمين مسلم
لكن يبقى النزاع في الزائد على تقديره فلا بد معه الا ان يحلف الراكب على نفي الاجارة او نكوله فيحلف المالك على الاجارة
ويأخذ الزيادة ومن ثم ذهب العلامة في المختلف والشهيد في بعض تحقيقاته وجماعة الى انهما يتحالفان
لان كلا منهما مدع ومدعى عليه فيحلف المالك على نفي ما يدعيه الراكب وهو الاعارة ويحلف الراكب على نفي ما يدعيه المالك
من الاجارة وحينئذ يثبت اقل الامرين لانتفاء الزائد من المسمى بيمين المستعير وانتفاء الزائد من اجرة المثل باعتراف
المالك وهذا هو الاقوى وللشيخ رحمه الله قول خامس وهو القرعة بناء على انه امر مشتبه ويضعف بانه
لا اشتباه مع القاعدة المتفق عليها من حكم المدعي والمنكر هذا كله اذا وقع الاختلاف بعد انقضاء مدة
يدعي المالك كونها مدة الاجرة ومضي مدة لها اجرة اما لو وقع الاختلاف قبل ذلك فحكمه ما سنذكره ولا فرق
بين ان يكون هذا النزاع مع بقاء العين وتلفها لانها ان كانت باقية ردها بعد التحالف الى المالك ويثبت
الاقل من الاجرتين او من اجرة المثل وقسط المسمى ولو كان في اثناء المدة وبطلت الاجرة والباقي ان كان ولو اكتفينا
بحلف المالك على نفي الاعارة ففي انتزاع العين نظر من انكار المستعير الاجارة واذن المالك على وجه التبرع
قد انتفى بانكاره من يحيم ومن اعتراف المالك بعدم استحقاقه انتزاعها الى ان ينقضي المدة التي يدعيها وهذا
مما يؤيد القول بالتحالف لان هذا نزاع آخر لم يتحرر من بين المالك بالنزاع في الزائد من المسمى وان كانت العين تالفة
فحكم الاجرة ما ذكروا واما العين فان كانت امانة كما لو كانت الاعارة التي يدعيها الراكب غير مضمونة فلا شيء

على الراكب لاتفاقهما على كونها في يده امانة اما بالاجارة او الاعارة وان كانت مضمونة فمدعي الاعارة معترف بثبوت القيمة في ذمته
والمالك ينكره لعدم اقتضاء الاجارة الضمان موقوف الى ان يتفقا عليه   ولو كان الاختلاف عقيب العقد من غير استيفاء
كان القول قول الراكب لان المالك يدعي عقدا وهذا ينكره   هذا التعليل باطلاقه في الاول ملائم ايضا لانه مدع امرا آخر
وهو ان المالك لا يدعي على مدعي الاعارة شيئا من عوض المنافع وانما يدعي ثبوت الاجرة ووجوب الاجرة في ذمته وان كان
مع الاستيفاء والاخر ينكرهما فيقدم قوله لاصالة براءة ذمته من تعلق الاجرة وما يلزمها فالدعوى متمحضة للمالك
فيقدم قول مدعي الاعارة ويسترد العين   اذا استعار شيئا لينتفع به في شيء فانتفع به في غيره ضمن وان كان له
اجرة لزمه اجرة مثله   وجه الضمان ظاهر لتعديه في العين حيث انتفع بها في غير المأذون فيلزمه اجرة مثل
ذلك العمل لو وقع بغير اذن المالك ولا يسقط منه مقدار تفاوت المأذون لانه لم يستوف فكانه اسقط حقه
مما ملكه وانتفع بما لا يملك ولا فرق بين كون المنفعة التي استوفاها اشق من المأذون فيها ومساويه وادنى اذا
كانت مخالفة في الجنس ولو اتفقا في الجنس كانواع الزرع فيه ما مر من الاشكال   اذا جحد العارية
بطل استيمانه ولزمه الضمان مع ثبوت الاعارة   القول في جحود العارية كالقول في جحود الوديعة حكما وشرائط
وفائدة وسبب الضمان الجحود لانه بمنزلة التعدي   اذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه ولو ادعى الرد فالقول
قول المالك مع يمينه   اما الاول فلانه وان كان مدعيا ما يخالف الاصل الا انه يمكن صدقه فلو لم يقبل قوله لزم
تخليده الحبس وقد تقدم نظيره وما يرد عليه في ابواب الامانات واما الثاني فلان الاصل عدم الرد فيكون
القول قول منكره وهو المالك ولان المستعير قبض لمصلحة نفسه وبذلك فارق الودعي لانه انما قبض لمصلحة
المالك فهو محسن محض وما على المحسنين من سبيل   واعلم ان هذه العلة تجري في كثير من ابواب تنازع
المستامنين الا انها تقتضي قبول قول الوكيل في الرد ان كان بغير جعل وهو مشكل لمخالفته للاصل وكون هذه العلة
ليست منصوصة وانما هي مناسبة   لو فرط في العارية كان عليه ضمانها عند التلف اذا لم يكن لها مثل
وقيل اعلى القيم من حين التفريط الى حين التلف والاول اشبه   وجه الاول ان الواجب على المستعير
مع بقاء العين ردها دون القيمة وانما ينتقل اليها مع التلف وح فالمعتبر القيمة وقت التلف وهذا هو الاقوى
ووجه الثاني ان العين لما كانت مضمونة فكل واحد من القيم المتعددة في وقت كونها مضمونة اذ معنى
ضمان العين كونها لو تلفت ضمن قيمتها وهو حاصل في جميع الوقت فيضمن اعلى القيم لدخول الباقي فيها وموضع الخلاف
ما لو كان الاختلاف بسبب السوق اما لو كان بسبب نقص في العين فلا اشكال في ضمانه لان ضمان العين
يقتضي ضمان اجزائها وفي المسألة قول ثالث وهو ان المعتبر قيمتها وقت الضمان لتعلقها بالذمة ح على تقدير
التلف وقد تقدم الكلام في هذه المسألة غير مرة   ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المستعير
وقيل قول المالك والاول اشبه   اي اختلفا في قيمة المستعار على تقدير تلفه مفرطا او كونه مضمونا بامر آخر

فالقول قول

فالقول قول المستعير لانه منكر الزائد فيدخل في عموم الخبر وقال الشيخ وجماعة قول المالك لخروج المستعير عن الامانة
خصوصا على تقدير التفريط فلا يقبل قوله والاقوى الاول لان قبول قوله من حيث كونه منكرا لا من حيث كونه امينا

كتاب الاجارة   من الالفاظ المنقولة شرعا عن موضوعها لغة لانها في الشرع عبارة عن تمليك
المنفعة خاصة بعوض معلوم لازم لماهيتها او العقد المفيد لذلك على ما تقرر سابقا وهي في اللغة اسم للاجرة وهي
كرى الاجير لا مصدر آجر الايجار بخلاف ما في العقود فانه يعبر عنه بمصدر الفعل او باسم المصدر ولا يتغير عن موضوعه
الا بشروط زائدة ويتغير بسهل والمطابق لغيرها التعبير بالايجار لكنها قد اشتهرت في هذا اللفظ على وجه لا مرتاب في
تحقق النقل او لا اشتهار غيره   في العقد وثمرته تمليك المنفعة بعوض معلوم   عدل عن تعريف الاجارة بذكر
ما يفيد فائدة التعريف مع سلامته مما يرد على التعريف اذ لو قال هي عقد ثمرته تمليك المنفعة الخ كما عرفه بعضهم
لا ينتقض في طرده بالصلح على المنافع بعوض معلوم وشبهها مع شرط العوض واما جعل المص ذلك ثمرة هذا العقد
فلا ينافي كونها ثمرة عقد آخر لكن يبقى فيه ان تمليك المنفعة المذكور ليس ثمرة العقد بل ثمرة الايجاب لان الموجر
هو المملك لا المستاجر فان التمليك مصدر ملك بالتشديد لا ملك او تملك لان مصدرهما الملك والتملك ويمكن
اندفاعه بان الايجاب لما كان جزء السبب الصحيح للتمليك نسب الثمرة اليهما فان التمليك وان وقع من الموجب خاصة
الا انه لا يتم ثمرته بانفراده بل لا بد لمصاحبته بقية الشرائط وغيرها مما يتوقف عليه الصحة   والعبارة الصريحة
عن الايجاب آجرتك ولا يكفي ملكتك اما لو قال ملكتك سكنى هذه الدار صح   لما كانت الاجارة من العقود
اللازمة وجب انحصار لفظها في الالفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة والصريح منها في الايجاب آجرتك واكريتك
اما الاولى فقد تقدم الكلام فيها واما الثانية فهي من الالفاظ المستعملة ايضا لغة وشرعا في الاجارة يقال اكريت الدار
فهي مكراة ويقال اكريت واستكريت وتكاريت بمعنى ومنه اخذ المكاري لانه يكري دابته ونفسه
واما التمليك فيفيد نقل ما يتعلق به فاذا ورد على الاعيان افاد نقل ملكها وليس ذلك مورد الاجارة لان العين تبقى
على ملك الموجر بل اذا اراد اقامته مقام الاجارة يعتبر اضافته الى المنافع لان التمليك في الاجارة بالعوض
انما هو المنفعة لا العين ولا بد ح من وقوع الايجاب ابتداء بلفظه كان يقول ملكتك منفعة هذه الدار مدة
كذا مثلا اما لو عبر في الايجاب بلفظ آجرت واكريت فانهما انما يردان على العين فلو اوردهما على المنفعة بان قال
آجرتك منفعة هذه الدار مثلا الخ لم يصح بخلاف ملكتك واما القبول فضابطه كل لفظ يدل على الرضا بالايجاب
كقبلت واستاجرت واكتريت واستكريت كما سبق   ولو تقدم القبول على الايجاب صح بما عدا الاول
وكذا اعرتك لتحقق القصد الى المنفعة   المشبه به سابقا المشار اليه بل هو الحكم بالصحة اذا قال ملكتك سكنى هذه سنة
اي وكذا يصح لو قال اعرتك هذه الدار سنة بكذا ووجه الصحة ما اشار اليه بقوله لتحقق القصد الى المنفعة والمراد
ان الاعارة لما كانت لا تقتضي ملك المستعير للعين وانما تفيد تسلطه على المنفعة وملكه لاستيفائها كان اطلاقها
بمنزلة تمليك المنفعة فيصح اقامتها مقام الاجارة كما يصح ذلك بلفظ الملك والحق ان العارية انما تقتضي اباحة المنفعة
لا ملكها والعوض لا مدخل فيها بخلاف التمليك فانه يجامع العوض ولا يخفى ان التجوز في مثل ذلك خروج عن مقتضى

على الراكب لاتفاقهما على كونها في يده امانة اما بالاجارة او العارية وان كانت مضمونة فمدعي العارية يعترف بثبوت القيمة في ذمته
والمالك ينكره لعدم اقتضاء الاجارة الضمان موقوف الى ان يتفقا عليه   ولو كان الاختلاف عقيب العقد من غير انتفاع
كان القول قول الراكب لان المالك يدعي عقدا وهذا ينكره   هذا التعليل باطلاقه في الاول ملائم لما مر الا انه مع امر آخر
وهو ان المالك لا يدعي على مدعي العارية شيئا من عوض المنافع وانما يدعي ثبوت الاجرة ووجوب الاجرة في ذمته وان كان
من الاستيفاء والآخر ينكرهما فيقدم قوله لاصالة براءة ذمته من تعلق الاجرة وما يلزمها فالدعوى متمحضة للمالك
فيقدم قول مدعي العارية ويسترد العين   اذا استعار شيئا لينتفع به في شيء فانتفع به في غيره ضمن وان كان له
اجرة لزمه اجرة مثله   وجه الضمان ظاهر لتعديه في العين حيث انتفع بها في غير المأذون فيلزمه اجرة مثل
ذلك العمل لوقوعه بغير اذن المالك ولا يسقط منه مقدار تفاوت المأذون لانه لم يستوف فكانه اسقط حقه
مما يملكه وانتفع بما لا يملك ولا فرق بين كون المنفعة التي استوفاها اشق من المأذون فيها ومساوية وادنى اذا
كانت مخالفة في الجنس ولو اتفقا في الجنس كانواع الزرع فقد مر ما فيه من الاشكال   اذا جحد العارية
بطل استيمانه ولزمه الضمان مع ثبوت الاعارة   القول في جحود العارية كالقول في جحود الوديعة حكما وشرائط
وفروعه ومبدأ الضمان الجحود لانه بمنزلة التعدي   اذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه ولو ادعى الرد فالقول
قول المالك مع يمينه   اما الاول فلانه وان كان مدعيا ما يخالف الاصل الا انه يمكن صدقه فلو لم يقبل قوله لزم
تخليده الحبس وقد تقدم نظيره وما يرد عليه في ابواب الامانات واما الثاني فلان الاصل عدم الرد فيكون
القول قول منكره وهو المالك ولان المستعير قبض لمصلحة نفسه وبذلك فارق الودعي لانه انما قبض لمصلحة
المالك فهو محسن محض وما على المحسنين من سبيل   واعلم ان هذه العلة تجري في كثير من ابواب تنازع
المستأمنين الا انها تقتضي قبول قول الوكيل في الرد ان كان بغير جعل وهو مشكل لمخالفته للاصل وكون هذه العلة
ليست منصوصة وانما هي مناسبة   لو فرط في العارية كان عليه قيمتها عند التلف اذا لم يكن لها مثل
وقيل اعلى القيم من حين التفريط الى حين التلف والاول اشبه   وجه الاول ان الواجب على المستعير
مع بقاء العين ردها دون القيمة وانما ينتقل اليها مع التلف وح فالمعتبر القيمة وقت التلف وهذا هو الاقوى
ووجه الثاني ان العين لما كانت مضمونة فكل واحد من القيم المتعددة في وقت كونها مضمونة اذ معنى
ضمان العين كونها لو تلفت ضمن قيمتها وهو حاصل في جميع الوقت فيضمن اعلى القيم لدخول الباقي فيها وموضع الخلاف
ما لو كان الاختلاف بسبب السوق اما لو كان بسبب نقص في العين فلا اشكال في ضمانه لان ضمان العين
يقتضي ضمان اجزائها وفي المسألة قول ثالث وهو ان المعتبر قيمتها وقت الضمان لتعلقها بالذمة حينئذ وح على تقدير
التلف وقد تقدم الكلام في هذه المسألة غير مرة   ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المستعير
وقيل قول المالك والاول اشبه   اي اختلفا في قيمة المستعار على تقدير تلفه مفرطا او كونه مضمونا بامر آخر

فالقول

فالقول قول المستعير لانه منكر الزائد فيدخل في عموم الخبر وقال الشيخ وجماعة قول المالك لخروج المستعير عن الامانة
خصوصا على تقدير التفريط فلا يقبل قوله والاقوى الاول لان قبول قوله من حيث كونه منكرا لا من حيث كونه امينا

كتاب الاجارة

من الالفاظ المنقولة شرعا عن موضوعها لغة لانها في الشرع عبارة عن تمليك
المنفعة خاصة بعوض معلوم لازم لماهيتها او العقد المفيد لذلك على ما تقرر سابقا وهي في اللغة اسم للاجرة وهي
كرى الاجير لا مصدر الايجار بخلاف ما في العقود فانه يعبر عنه بمصدر الفعل او باسم المصدر فلا تغير عن موضوعه
الا بشروط زائدة وتغيير سهل والمطابق لغيرها التعبير بالايجار لكنها قد اشتهرت في هذا اللفظ على وجه لا مرتاب في
تحقق النقل اذ لا اشتهار لغيره   في العقد وثمرته تمليك المنفعة بعوض معلوم   عدل عن تعريف الاجارة بذكر
ما يفيد فائدة التعريف مع سلامته مما يرد على التعريف اذ لو قال هي عقد ثمرته تمليك المنفعة الخ كما عرف بعضهم
لا ينتقض في طرده بالصلح على المنافع بعوض معلوم وشبهها مع شرط العوض واما جعل المص ذلك ثمرة هذا العقد
فلا ينافي كونها ثمرة عقد آخر لكن يبقى فيه ان تمليك المنفعة المذكورة ليس ثمرة العقد بل ثمرة الايجاب لان الموجر
هو المملك لا المستأجر فان التمليك مصدر ملك بالتشديد لا ملك او تملك لان مصدرهما الملك والتملك ويمكن
اندفاعه بان الايجاب لما كان جزء السبب الصحيح للتمليك نسب التمام اليهما فان التمليك وان وقع من الموجب خاصة
الا انه لا يتم ثمرته بانفراده بل لا بد لمصاحبته لبقية الشرائط وغيرها مما يتوقف عليه الصحة   والعبارة الصريحة
عن الايجاب آجرتك ولا يكفي ملكتك اما لو قال ملكتك مثلا سكنى هذه الدار صح   لما كانت الاجارة من العقود
اللازمة وجب انحصار لفظها في الالفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة والصريح منها في الايجاب آجرتك واكريتك
اما الاولى فقد تقدم الكلام فيها واما الثانية فهي من الالفاظ المستعملة ايضا لغة وشرعا في الاجارة فقال اكريت الدار
فهي مكراة ويقال اكريت واستكريت وتكاريت بمعنى ومنه اخذ المكاري لانه يكري دابته ونفسه
واما التمليك فيفيد نقل ما يتعلق به فاذا ورد على الاعيان افاد نقل ملكها وليس ذلك مورد الاجارة لان العين تبقى
على ملك الموجب بل اذا اراد اقامته مقام الاجارة يعرض اضافته الى المنافع لان التمليك كالاجارة بالعوض
انما هو المنفعة لا العين ولا يقدح من وقوع الايجاب ابتداء بلفظه كان يقول ملكتك منفعة هذه الدار سنة
كذا مثلا اما لو عبر في الايجاب بلفظ آجرت واكريت فانهما انما يردان على العين فلو اوردهما على المنفعة بان قال
آجرتك منفعة هذه الدار مثلا الخ لم يصح بخلاف ملكتك واما القبول فضابطه كل لفظ يدل على الرضا بالايجاب
كقبلت واستأجرت واكتريت واستكريت كما سبق ولو تقدم القبول على الايجاب صح بما عدا الاول
وكذا اعرتك لتحقق القصد الى المنفعة   المشبه به سابقا المشار اليه بل هو الحكم بالصحة اذا قال ملكتك سكناها سنة
اي وكذا يصح لو قال اعرتك هذه الدار سنة بكذا ووجه الصحة ما اشار اليه بقوله لتحقق القصد الى المنفعة والمراد
ان الاعارة لما كانت لا تقتضي ملك المستعير للعين وانما تفيد تسلطه على المنفعة وملكه لانتفاعها كان اطلاقها
بمنزلة تمليك المنفعة فيصح اقامتها مقام الاجارة كما يصح ذلك بلفظ الملك والحق ان العارية انما تقتضي اباحة المنفعة
لا ملكها والعوض لا مدخل له فيها بخلاف التمليك فانه يجامع العوض ولا يخفى ان التجوز في مثل ذلك خروج عن مقتضى

العقود اللازمة ولو قال بعتك سكنى الدار ونوى الاجارة لم يصح وكذا لو قال بعتك سكناها سنة لاختصاص البيع بنقل
الاعيان وفيه تردد وجه المنع ما ذكره من ان البيع موضوع لنقل الاعيان والمنافع تابعة لها فلا يثمر الملك لو تجوز
به نقل المنافع منفردة وان نوى الاجارة وظاهر التذكرة ان ذلك اجماعي لانه نسبه الى علمائنا ولكن المص تردد في التجويز
وجعل المنع اقرب ووجه تردد المص مما ذكر ومن انه بالتصريح بارادة نقل المنفعة مع ان البيع يفيد نقلها تضامع
الاعيان وان كان ما يبيع ناسب ان يقوم مقام الاجارة اذا قصدها والاصح المنع والاجارة عقد لازم
لا تبطل الا بالتقايل او باحد الاسباب المقتضية للفسخ لزوم عقد الاجارة موضع وفاق وعموم الامر بالوفاء
بالعقود يتناوله وقد تدخلها الاقالة كغيرها من عقود المعاوضات واما الاسباب المقتضية للفسخ فستأتي مفصلة ان شاء
الله تعالى ولا تبطل بالبيع لعدم المنافاة فان الاجارة متعلقة بالمنافع والبيع بالعين والمنافع تابعة
لكن ان كان المشتري عالما بالاجارة تعين عليه الصبر الى انقضاء المدة وان كان جاهلا تخير بين فسخ البيع وامضائه
مجانا مسلوب المنفعة الى آخر المدة لان اطلاق العقد وقع على اعتقاد التسليم والانتفاع نظرا الى الغالب ولو فسخ
المستاجر بعد البيع لحدوث عيب ونحوه عادت المنفعة الى البائع لا الى المشتري ولو كان المشتري هو المستاجر
صح البيع وفي انفساخ الاجارة وجهان احدهما نعم ويجتمع عليه الثمن والاجرة والثاني الانفساخ لان
ملك العين يستدعي ملك المنافع لانها نماء الملك ويضعف بان العين انما تستتبع المنافع اذا لم يسبق ملكها بسبب آخر
ولا بالعذر مهما كان الانتفاع ممكنا اي الانتفاع الذي يتضمنه عقد الاجارة بالتعيين او الاطلاق فلا عبرة
بامكان الانتفاع بغير المعين كما لو استاجر الارض للزراعة وامكن الانتفاع بها بغيرها فان ذلك كتلف العين وعدم
منع العذر الانتفاع اعم من بقاء جميع المنفعة المشروطة وبعضها وعدم البطلان حاصل على التقديرين لكن مع
حصول الانتفاع ناقصا يتخير المستاجر بين الفسخ والامساك بتمام الاجرة وهل تبطل بالموت المشهور بين
الاصحاب نعم وقيل لا تبطل بموت الموجر وتبطل بموت المستاجر وقال آخرون لا تبطل بموت احدهما وهو الاشبه
القولان الاولان للشيخ رحمه الله والاقوى ما اختاره المص وعليه المتاخرون اجمع لان الاجارة من العقود اللازمة
ومن شانها ان لا تبطل بالموت ولعموم الامر بالوفاء بالعقود وللاستصحاب نعم يستثنى منه مواضع تبطل فيها
الاجارة بالموت احدها ما لو شرط على المستاجر استيفاء المنفعة بنفسه فانها تبطل وثانيها
ان يكون الموجر موقوفا عليه فيوجر ثم يموت قبل انتهاء المدة فانها تبطل بموته ايضا الا ان يكون ناظرا على الوقف
وآجره لمصلحة العين بالنسبة الى البطون او الى الجميع فلا تبطل بموته لكن الصحة ليست من حيث انه موقوف
عليه بل من حيث انه ناظر وثالثها الموصى له بالمنفعة مدة حياته لو آجرها ومات في اثنائها فانها تبطل ايضا
لانها استحقاقه وكلما صح اعارته صح اجارته اي ما صح اعارته بحسب الاصل لئلا ترد المنحة
فانه تصح اعارتها ولا تصح اجارتها لان حكمها ثبت بحسب الاصل اي القاعدة المعروفة فانها تنضمن المستعار
ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه وهي ليست كذلك فحكمها مخالف للاصل واراد الكلية بحسب الغالب
واجارة المشاع جايزة كالمقسوم اذ لا مانع منه باعتبار عدم القسمة لامكان تسليمه واستيفاء منفعته
بموافقة

بموافقة الشريك ولا فرق بين ان يؤجره من شريكه وغيره وهو موضع وفاق وخالف فيه بعض العامة فمنع من اجارته لغير
الشريك والعين المستاجرة امانة لا يضمنها المستاجر الا بتعد او تفريط لا فرق في ذلك بين مدة الاجارة وبعدها
قبل طلب المالك لها وبعده في اثناء الرد بحيث لم يؤخره اما كونها امانة في المدة فظاهر لانها مقبوضة باذن المالك لحق القابض
واما بعدها فلانه لا يجب على المستاجر رد العين الى الموجر ولا مؤنة ذلك وانما يجب عليه التخلية بين المالك وبينها كالوديعة لاصالة
براءة ذمته من وجوب الرد ولانها امانة قبل انقضاء المدة فيستصحب ولا يجب ردها الا بعد المطالبة والواجب
بعدها تمكينه منها كغيرها من الامانات وخالف في ذلك جماعة منهم الشيخ وابن الجنيد لان ما بعد المدة غير ماذون فيه
فيضمنها ويجب عليه مؤنة الرد وتردد العلامة في المختلف وجزم في غيره بعدم الضمان وعدم وجوب الرد
وفي اشتراط ضمانها من غير ذلك تردد اظهره المنع اي اشتراط ضمانها مع التلف من غير تعد ولا تفريط ففي صحة الشرط والعقد
تردد من عموم المؤمنون عند شروطهم ومن مخالفته لمقتضى الاجارة فيفسد ثم على فساده هل يفسد العقد في الفساد
قولان تقدم نظيرهما في مواضع والاقوى بطلانهما معا لفساد الشرط ولا رضى بالعقد الا به وليس في الاجارة
خيار المجلس ولو شرط الخيار لاحدهما او لهما جاز سواء كانت معينة الخ لان خيار المجلس مختص بالبيع عندنا فلا يثبت فيها
مع الاطلاق ولو شرط ففي صحته قولان احدهما نعم اختاره في المبسوط لعموم المؤمنون عند شروطهم ويشكل بانه شرط
مجهول لان المجلس يختلف بالزيادة والنقصان وانما لم يصرح بالبيع لانه ثابت فيه بالنص نعم لو ضبطه بمدة صح الا انه
يخرج عن وضع خيار المجلس ويصير خيار الشرط مسمى بالمجلس ولا شبهة في جوازه لعموم الخبر سواء شرطاه لهما ام لاحدهما ام
لاجنبي وسواء كانت معينة كان يستاجر هذه العين ام كان موردها الذمة كان يستاجره لعمل مطلق غير مقيد بشخص
كبناء حائط لعموم الخبر في الجميع ونبه بقوله سواء كانت معينة الخ على خلاف بعض العامة حيث جوز خيار الشرط في
المطلقة لا المعينة وهو تحكم وكذا المميز الا ان ياذن وليه وفيه تردد قد تقدم الكلام في نظيره وان الاقوى
البطلان مطلقا لان عبارته مسلوبة بالاصل فلا يصححها الاذن ولا الاجارة لرفع القلم عنه وهو يقتضي عدم
الاعتداد بعبارته شرعا في حال واذن الولي لا يصير الناقص كاملا نعم يؤثر في الكامل المحجور عليه بسبب عرضي كالسفه
ان يكون الاجرة معلومة بالوزن او الكيل الى قوله وقيل يكفي المشاهدة وهو حسن وجه الحسن
انتفاء معظم الغرر بالمشاهدة فكذا في الاجارة لانهما تحاذ طريق المسئلتين ولنهي النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر
مطلقا وهو بينا والصورة النزاع ومثله القول في المعدود وبملك الاجرة بنفس العقد لان المعاوضة

اذ يجب اقتضت نقل الملك في كل من العوضين بمجرد العقد كالبيع لكن لا يجب تسليم الاجرة الا بتسليم العين المؤجرة او العمل
ان كانت الاجرة على عمل حتى لو كان المستاجر وصيا لم يجز له تسليم الاجرة قبله الا مع الاذن صريحا او بشاهد الحال ولو وقف نوهد العمل
على الاجرة كالحج واتسع المستاجر من التسليم فالظاهر جواز فسخ الاجير ويجب تعجيلها مع الاطلاق او مع اشتراط
التعجيل والمراد بتعجيلها مع الاطلاق في اول اوقات وجوب دفعها وهو تمام العمل وتسليم العين المؤجرة لان تسليم
احد العوضين يسلط على المطالبة بالآخر بمقتضى المعاوضة الموجبة للملك واما مع اشتراط التعجيل فاولى
وفائدة الشرط مع ان الاطلاق يقتضيه مجرد التاكيد وقد يقصد فائدة اخرى وهو تسلط الموجر على الفسخ لو شرط
التعجيل في مدة مضبوطة فان اخل به وكذا لو شرط القبض قبل العمل وقبل تسليم العين المؤجرة صح ووجب الوفا
لعموم الخبر ولو شرط التاجيل صح بشرط ان يكون معلوما وكذا لو شرطها في نجوم اذا شرط المستاجر
تاخير الاجرة الى امد بحيث لا يطالب بها وان تسلم العين المؤجرة الى ذلك الامد او شرط ذلك على المؤجر لعمل وان
عمله صح لعموم الخبر لكن بشرط كون الاجل مضبوطا بما لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره من الآجال ولا فرق بين
المتحد كشهر والمتعدد بان يجعلها نجوما مقسطها ويجعل لكل اجل قسطا معلوما منها وكذا لا فرق بين كون
الاجرة الواردة على معين شخصي والمطلقة الواردة على الذمة لعدم المانع عندنا خلافا لبعض العامة حيث
منع من التاجيل في الثاني قياسا على السلم الذي يجب فيه قبض العوض وفساده واضح وبعلله فاضح
واذا وقف الموجر على عيب في الاجرة سابق على القبض كان له الفسخ والمطالبة بالعوض ان كانت الاجرة مضمونة
وان كانت معينة كان له الرد او الارش انما يجوز الفسخ في المطلقة مع تعذر العوض لان الاطلاق انما
يحمل على الصحيح وهو امر كلي لا ينحصر في المدفوع اليه فلا يجوز الفسخ ابتداء نعم لو تعذر العوض بوجه الفسخ
وله مع الرضا بالمعيب مطالبة بالارش عوض الفائت بالعيب لتعيب المدفوع اليه الا ان يكون
عوضا بعد غيره واما المعينة فيتخير مع ظهور عيبه كما ذكر لاقتضاء الاطلاق التسليم وتعيينه مانع
من البدل كالبيع ولا يجوز ان يوجر المسكن ولا الخان ولا الاجير باكثر مما استاجر الا ان يوجر
بغير جنس الاجرة او يحدث ما يقابل التفاوت ولذا لو سكن بعض الملك لم يجز ان يوجر الباقي بزيادة عن الاجرة
والجنس واحد ويجوز باكثرها هذا قول اكثر الاصحاب استنادا الى روايات حملها على الكراهة
طريق الجمع بينها وبين غيرها وفي بعضها تصريح بها والاقوى الجواز في الجميع واما تعليل المنع باستلزامه
الربوا كما ذكر بعضهم ففساده واضح ولو استاجره ليحمل متاعا الى موضع معين باجرة
في وقت معين فان قصر عنه نقص من اجرته شيئا جاز ولو شرط سقوط الاجرة ان لم يوصله لم يجز
وكان له اجرة المثل هذا قول الاكثر ومستنده روايتان صحيحة وموثقة عن محمد بن مسلم والحلبي
عن ابي عبد الله عليه السلام ويشكل بعدم تعين الاجرة واحلافها على التقديرين كما لو باعه بثمن على تقديرين

ومن ثم ذهب

ومن ثم ذهب جماعة الى البطلان ويمكن حمل الاخبار على الجعالة ومتى حكم بالبطلان ثبت اجرة المثل الا ان يشترط
اسقاط الجميع فلا شيء مع عدم الاتيان به في المعين ولو اتى به فيه فكغيره ويمكن القول بصحة الاجارة على التقدير
الثاني وهو شرط سقوط الاجرة مع الاخلال بالمعين لا يجعله احد شقي المستاجر عليه للخلو عن الاجرة بل بناء
لمقتضى الاجارة فانها اذا عينت بوقت فاخل الاجير بالفعل فيه بطلت فاذا فعله في غيره لم يستحق شيئا فيكون التعرض
لذلك بيانا لمقتضى الاجارة وشرطا لمقتضاها فلا ينافيها ويحتمل صحة المسمى ان جاء به في المعين ولا شيء في غيره
للاخلال بمقتضاها وهذا انما نبه عليه الشهيد رحمه الله في اللمعة واذا قال آجرتك كل شهر بكذا
صح في شهر وله في الزائد اجرة المثل ان سكن وقيل تبطل لجهل الاجرة والاول اشبه وجه الاشبهية
ان الشهر معلوم فكذا اجرته فلا مانع من الصحة فيه نعم تبطل الزائد لعدم انحصاره في وجه معين والاجرة
تابعة له والا قوى البطلان مطلقا للجهالة المقتضية للغرر اذ لا يلزم من مقابلة جزء معلوم من المدة بجزء معلوم
من العوض كون مجموع العوضين معلومين فان العوض هنا المجموع وهو مجهول ولو قال ان خطته فارسيا
فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان صح ولو قال ان عملت هذا العمل في اليوم فلك درهمان وفي غد درهم
فيه تردد اظهره الجواز وجه الصحة فيهما ان كلا من الفعلين معلوم واجرته معلومة والواقع لا يخلو
منهما واصالة الجواز ويشكل بمنع معلوميته اذ ليس المستاجر عليه المجموع ولا كل واحد والا لوجبا فيكون
واحدا غير معين وذلك غرر مبطل للاجارة كالبيع بثمنين نقدا ونسيئة او الى اجلين والاجود البطلان
نعم لو وقع ذلك جعالة صح وفاقا لابن ادريس ويرده في المختلف بان الجعالة ايضا تفتقر الى تعيين الجعل
وفيه ان مبنى الجعالة على الجهالة في العمل والجعل كمن رد عبدي فله نصفه ومن رد عبدي فله كذا
ومحله غير معلوم وكذا من رد عبدي من موضع كذا فله كذا ومن موضع كذا فله كذا مع الجهالة فيهما وفسر
الرومي بما كان بدرزين والفارسي بما كان بدرز واحد ويستحق الاجير الاجرة بنفس العمل سواء
كان في ملكه او ملك المستاجر ومنهم من فرق ولا يتوقف تسليم احدهما على الآخر قد تقدم ان الاجير يملك
الاجرة بالعقد فالمراد باستحقاقها هنا استحقاق المطالبة بعد العمل ووجه ما اختاره المصنف
من عدم استحقاق المطالبة بها على تسليمه العين مطلقا ان العمل انما هو في ملك المستاجر او ما يجري مجراه
فيكون ذلك كافيا عن التسليم وان كان موضع العمل ملكا للاجير ويضعف بان المعاوضة لا يجب على احد
المتعاوضين منها التسليم الا مع تسليم الآخر فالاجود توقف المطالبة بها على تسليم العين وان كان العمل
في ملك المستاجر وما نقله من الفرق قول ثالث فانه ان كان في ملك المستاجر لم يتوقف على تسليمه
لانه بيده تبعا للملك ولانه غير مسلم للاجير في الحقيقة وانما استعان به في شغله كما يستعين بالوكيل
وان كان في ملك الاجير توقف وهو وسط او وجه من الاطلاقين والاوسط الذي اخترناه اوجه

وكل موضع يبطل فيه عقد الاجارة يجب فيه اجرة المثل مع استيفاء المنفعة او بعضها سواء زادت
عن المسمى او نقصت عنه انما كان الثابت مع الفساد اجرة المثل لان مقتضاه رجوع كل عوض الى مالكه ومع استيفاء
المنفعة يمتنع ردها فيرجع الى بدلها وهو اجرة مثله واستثنى الشهيد رحمه الله من ذلك ما لو كان الفساد باشتراط
عدم الاجرة في العقد او متضمنا له كما لو لم يذكر اجرة فانه يحتمل عدم وجوب الاجرة لدخول العامل
على ذلك وهو حسن وربما استشكل الحكم فيما لو كانت الاجارة متعلقة بمنفعة عين كدار مثلا فاستوفاها
المستأجر بنفسه فان اشتراط عدم العوض انما كان في العقد الفاسد الذي لا اثر لما تضمنه من التراضي فحقه
وجوب اجرة المثل كما لو باعه على ان لا ثمن عليه واما لو كان مورد الاجارة منفعة الاجير بعمل بنفسه مع فسادها
فوجه عدم استحقاقه لشيء ظاهر لانه متبرع بالعمل وهو المباشر لاتلاف المنفعة ويندفع الاشكال
فيها بانه مع اشتراط عدم الاجرة يكون اللفظ الوارد في ذلك دالا على اعارة العين المؤجرة فان الاعارة
لا تختص بلفظ مخصوص بل كل لفظ دل عليها مطلقا كما تقدم ولا شك ان اشتراط عدم الاجرة صريح
في الاذن في الانتفاع من غير عوض باللفظ فضلا عن القرينة فلا يترتب عليه ثبوت اجرة ويرد على القسم
الثاني الذي اعترف فيه بعدم ثبوت اجرة وهو ما لو عمل الاجير بنفسه انه قد لا يكون متبرعا كما لو امره المستأجر
فان مقتضى الفساد عدم تأثير ما وقع من اللفظ ويحتمل فلا يتحقق التبرع الا مع عمل الاجير من غير سؤال والا فيبقى
مع عدم ذكر الاجرة ثبوت اجرة المثل كما هو شأن الامر لغيره بعمل من غير عقد فان قلت اي فائدة في تسميته
عقدا فاسدا مع ثبوت هذه الاحكام وقيامه مقام العارية قلت فساده بالنسبة الى الاجارة
بمعنى عدم ثبوت احكامها اللازمة لصحيح عقدها كوجوب العمل على الاجير ونحوه لا مطلق الاثر
ويكره ان يستعمل الاجير قبل ان يقاطعه على الاجرة لما روي عن الصادق عليه السلام من كان
يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعمل اجيرا حتى يعلمه باجرته وفي حديث طويل عن الرضا عليه السلام
يتضمن النهي عن ذلك وانه ما من احد يعمل لك شيئا بغير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلثة اضعاف
على اجرته الا ظن انك قد نقصته عن اجرته واذا قاطعته ثم اعطيته اجرته حمدك على الوفاء فان
زدته حبة عرف ذلك ورأى انك قد زدته وان يضمن الا مع التهمة فيه بتفسيرات الاول
ان يشهد شاهدان على تفريطه فانه يكره تضمينه للعين اذا لم يكن متهما الثاني لو لم يقم عليه بينة
وتوجه عليه اليمين يكره تحليفه لتضمينه كذلك الثالث لو نكل عن اليمين المذكورة وقضينا
بالنكول كره تضمينه كذلك الرابع على تقدير ضمانه وان لم يفرط كما اذا كان صانعا على ما سلف
يكره تضمينه مع عدم تهمته بالتقصير الخامس انه يكره له ان يشترط عليه الضمان بدون التفريط
على القول بجواز الشرط السادس لو اقام المستأجر شاهدا عليه بالتفريط كره له ان يحلف السابع
لو لم يقض بالنكول يكره له ان يحلفه ليضمنه لذلك والاربعة مشهورة والخامس مبني على صحة الشرط

ومذهبنا فساده وفساد العقد به والاخيران فيهما ان المستأجر لا يمكنه الحلف الا مع العلم بالسبب الذي يوجب
الضمان ومع فرضه لا يمكن تضمينه لاختصاص الكراهة بعدم تهمته فكيف مع تيقن ضمانه وللمستأجر ان يوجر
الا ان يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه هذا من جملة صور تملك المنفعة منفردة وحيث يجوز له الايجار
يتوقف تسليم العين على اذن المالك اذ لا يلزم من استحقاقه استيفاء المنفعة والاذن له في التسليم جواز
تسليمها الى غيره فلو سلمها بغير اذن ضمن كذا ذكره العلامة وجماعة وقوى الشهيد رحمه الله الجواز من غير ضمان
لان القبض من ضرورات الاجارة للعين وقد حكم بجوازها والاذن في الشيء اذن في لوازمه ويرد بمنع كون
القبض من لوازمها لامكان استيفاء المنفعة بدونه والاقوى عدم الضمان لصحيحة علي بن جعفر عن اخيه
عليهما السلام في عدم ضمان الدابة المستأجرة بالتسليم الى الغير وغيرها اولى وما ذكره المصنف من منع اجارة غيره
اذا اشترط عليه الاستيفاء بنفسه يتم مع اذا لم يشترط المستأجر الاول على الثاني استيفاء المنفعة له بنفسه
على جهة الوكالة اذ لو شرط ذلك لم يقدح في صحة الاجارة لعدم منافاته لشرط الاستيفاء بنفسه فان
استيفاءه بنفسه اعم من استيفائه لنفسه ولو شرط ذلك فسلم العين المستأجرة الى غيره ضمنها
بتقييد الضمان بتسليم العين لانه لا يتصور بمجرد ايجارها وان شرط عليه الاستيفاء بنفسه لعدم التعدي
اذ يمكن مع ذلك ان يستوفيها بنفسه على الوجه الذي ذكرناه سابقا ونحوه ولو آجر ذلك غير المالك
تبرعا قيل بطلت وقيل وقفت على اجازة المالك وهو حسن الاشارة بذلك الى ما دل عليه الكلام السابق
من العين الصالحة للاجارة والمراد انه لو آجر غير المالك شيئا مما يصح للمالك ايجاره فضولا هل يقع باطلا او يقف
على الاجازة قولان ولا خصوصية لهما بالاجارة بل الخلاف وارد في جميع عقود الفضول ولكن قد يختص الاجارة
عن البيع بقوة جانب البطلان من حيث ان قصة عروة البارقي مع النبي صلى الله عليه وآله في شراء الشاة دلت
على جواز بيع الفضولي وشرائه فقد يقال باختصاص الجواز بمورد النص والاقوى توقفه على الاجازة مطلقا
اما بتقدير العمل كخياطة الثوب المعلوم واما بتقدير المدة كسكنى الدار والعمل على الدابة مدة معينة
ليس الحصر في ذلك كليا بل المراد ان كل منفعة يمكن ضبطها بالعمل وبالزمان يكفي تقديرها باحدهما كان وذلك كاستيجار
الآدمي والدابة فانه يمكن استيجارهما بالزمان كخياطة شهر وركوب شهر وبالعمل كخياطة هذا الثوب وركوبها
الى موضع معين وما لا يمكن ضبطه الا بالزمان كالارضاع والعقارات فلا بد من تقديره به وضبطه والضابط العلم

بالمنفعة على احد الوجهين ومدار العلم على ما فصلناه وجعل في التحرير ضابط ما يجوز بهما ما كان له عمل كالحيوان وما
يختص بالزمان ما ليس له عمل كالدار والارض وبعض الاول باستيجار الادمي للارضاع فانه عمل ولا ينضبط الا بالزمان
ولو قدر بالمدة والعمل مثل ان يستاجر ليخيط هذا الثوب في هذا اليوم قيل يبطل لان استيفاء العمل في المدة
قد لا يتفق وفيه تردد المراد من هذا التعليل ان استيفاء العمل في المدة المعينة على وجه التطابق بحيث
يتمان معا وقد لا يتفق غالبا لان هذا هو الذي علل به القائل بالبطلان لان ما يشعر به ظاهر تعليل المتن من كون
المدة ظرفا للفعل بحيث يستوفي فيها فان هذا يمكن جعله سبقا اتفاقا غالبا ومعلوما عادة بتكثير المدة وتقريب
وجه البطلان على الوجه المشهور ان الجمع بينهما على وجه المطابقة يستلزم الغرر فانه يمكن انتهاء الزمان قبل
انتهاء العمل وبالعكس فان امر بالاكمال في الاول لزم العمل في غير المدة المشروطة والا كان تاركا للعمل الذي
وقع عليه العقد وان امر في الثاني بالعمل الى ان ينتهي المدة لزم الزيادة على ما وقع عليه العقد وان
لم يعمل كان تاركا للعمل في المدة المشروطة واختار في المختلف الصحة محتجا بان الغرض انما يتعلق غالبا بفراغ
العمل ولا ثمرة مهمة في تطبيقه على الزمان والفراغ امر ممكن لا غرر فيه فعلى هذا ان فرغ قبل آخر الزمان
ملك الاجرة لحصول الغرض وان خرجت المدة قبله فللمستاجر الفسخ فان فسخ قبل عمل شيء فلا شيء او بعد شيء
فاجرة مثل ما عمل وان اختار الامضاء لزم الاكمال خارج المدة وليس له الفسخ والحق ان ما ذكره انما يتم لو لم يقصد
المطابقة وهو خلاف موضع النزاع فلو قصدها بطل كما قالوه ومع ذلك يشكل لزوم اجرة المثل مع زيادتها
على المسمى فان الاجير ربما يجعل التواني في العمل وسيلة الى الزائد وينبغي ان يكون له اقل الامرين من المسمى ان
كان اتم العمل وما يخصه منه على تقدير التقسيط ان لم يتم ومن اجرة مثل ذلك العمل والاقوى البطلان
الامع اراده الظرفية المطلقة في امكان وقوع العمل فيها والاجير الخاص وهو الذي يستاجر
مدة معينة لا يجوز له العمل لغيره الا باذنه الاجير الخاص هو الذي يستاجر للعمل بنفسه مدة معينة او عملا
معينا مع تعيين اول زمانه لعمل شيء معين او لزمانه لليوم بحيث لا يتوانى في فعله حتى يفرغ منه ثم
ان كان العمل مطلقا اقتضى استيجاره على هذا الوجه ملك جميع منافعه في الوقت الذي جرت العادة بالعمل
فيه فليس له ان يعمل لغيره فيه عملا الا باذن المستاجر وله ذلك فيما لم تجر العادة بالعمل فيه للمستاجر كالليل
اذا لم يؤد الى الضعف في العمل المستاجر عليه وهل يجوز عمله في الوقت المعين عملا لا ينافي حق المستاجر كايقاع
عقد ونحوه في حال اشتغاله او تردده في الطريق بحيث لا ينافيه وجهان من شهادة الحال بالاذن
في مثل ذلك والنهي عن التصرف في ملك الغير بغير اذنه ومثله ما لو في استعمال عبد الغير بغير اذنه على هذا الوجه
وسياتي تحقيقه في الوكالة والاولى الجواز هنا وان كان العمل معينا فكذلك مع منافاة العمل للغير للمعين
اما في نفسه او في بعض اوصافه ومع عدم المنافاة مطلقا له العمل كايقاع العقد وتعليمه ومحال الخياطة
ونحوها

ونحوها مع احتمال المنع وسمي هذا الاجير خاصا باعتبار انحصار منفعته المخصوصة في شخص معين بحيث لا يجوز له العمل
لغيره على ذلك الوجه ويقابله المشترك كما سياتي واطلاق الخصوص عليه بضرب من المجاز ولو سمي مقيدا كان اولى لانه
في مقابله المشترك لا في مقابله العام والمراد بالمشترك هنا المطلق كما ستعلمه اذا تقرر ذلك فنقول اذا عمل هذا
الاجير لغير المستاجر عملا في الوقت المنهي عنه عن العمل فيه فلا يخلو اما ان يكون بعقد اجارة او جعالة او تبرعا وعلى تقدير
التبرع اما ان يكون لذلك العمل اجرة عادة اولا فان كان عمله بعقد تخير المستاجر بين فسخ عقده لفوات المنافع
التي عليها العقد فان كان ذلك قبل ان يعمل الاجير شيئا فلا شيء عليه وان كان بعده تبعضت الاجارة ولزمه
من المسمى بالنسبة وبين البقاء على لزوم الاجارة والجعالة الثانية وجهان يلتفتان الى من باع ملك غيره ثم ملكه فان قلنا
بالصحة فلا بحث والا رجع الى اجرة المثل وبين ابقائه ويتخير في فسخ العقد الطارئ واجازته اذ المنفعة
مملوكة فالعاقد عليها فضولي وان فسخه رجع الى اجرة المثل عن المدة الفائتة لانها قيمة العمل المستحق له بعقد
الاجارة وقد اتلف عليه ويتخير في الرجوع بها على الاجير لانه المباشر للاتلاف او المستاجر لانه المستوفي
وان اجازه ثبت له المسمى فيه فان كان قبل قبض الاجير له فالمطالب به المستاجر لان الاجير هنا بمنزلة فضولي
باع ملك غيره فاجاز المالك فانه لا يطالب الفضولي بالثمن وان كان بعد القبض فان كانت الاجرة معينة في العقد
فالمطالب بها من هي في يده وان كانت مطلقة فان اجاز القبض ايضا فالمطالب الاجير والا فالمطالب المستاجر
ثم المستاجر يرجع على الاجير بما قبض مع جهله او علمه وبقاء العين واطلق العلامة القول بتخير المستاجر بين مطالبة
الاجير والمستاجر في جميع هذه المواضع وهو غير واضح وان عمل بجعالة تخير مع عدم الفسخ بين اجازته فياخذ
المسمى منه او من الجاعل بترتيب ما تقدم وعدمه فيرجع باجرة المثل وان عمل تبرعا فان كان العمل مما له
اجرة في العادة تخير مع عدم فسخ عقده بين مطالبة من شاء منهما باجرة المثل لتحقق العدوان فيهما والا فلا شيء
وفي معنى التبرع عمله لنفسه فلو حاز شيئا من المباحات ونوى تملكه لنفسه ملكه وكان حكم الزمان المصروف
في ذلك ما تقدم ولو كان مشتركا جاز وهو الذي يستاجر لعمل مجرد عن المدة الاجير المشترك هو الذي يستاجر
لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة او عن المدة مع تعيين المباشرة او مجرد عنهما فالاول كان يستاجره على تحصيل الخياطة
يوما مثلا والثاني كان يستاجره ليخيط له ثوبا بنفسه من غير تعرض الى وقت والثالث كان يستاجره على تحصيل
خياطة ثوب مجرد عن تعيين الزمان وسمي مشتركا لعدم انحصار منفعته في شخص معين اذ له ان يعمل لنفسه ولغيره وصدق
الاشتراك عليه حقيقة بل بسبب استحقاقه العمل لغير المستاجر لا انه منفعته مشتركة بالفعل بين المستاجر
وشخص آخر غير الاجير ولو سماه مطلقا كما صنع الشهيد رحمه الله كان اولى لانه في مقابله المقيد وهو الخاص
وهو باعتبار اقسامه مباين للخاص فنقول مطلق اذ الاول مطلق بالنسبة الى المباشر والثاني بالنسبة الى المدة
والثالث فيهما معا وحكمه جواز العمل لغير المستاجر مع عدم مطالبته له بالمبادرة مطلقا ووجوب تحصيل العمل معها

بنفسه وبغيره في الاول والثالث بنفسه في الثاني والفرق بين الاول والثالث وجوب تحصيل العمل على الاول في المدة المعينة
ان كان معينا ومطلقا بجوازه او مطلقا واعلم ان الشهيد رحمه الله حكم في بعض تحقيقاته بان الاطلاق في كل الاجارات
يقتضي التعجيل وانه يجب المبادرة الى ذلك الفعل فان كان مجردا عن المدة خاصة بنفسه والتخيير بينه وبين غيره
وح يمتنع الثاني منه وبين عمل آخر في صورة المباشرة وفرع عليه منع صحة الاجارة الثانية في صورة التجرد عن
المدة مع المباشرة كما منع في الاجير الخاص وما تقدم في الاجارة للحج مؤيد لذلك فانهم حكموا بعدم صحة الاجارة الثانية
مع اتحاد زمان الايقاع نصا وحكما كما لو اطلق فيهما او عين في احدهما بالسنة الاولى واطلق في الاخرى
ولا ريب ان ما ذكره احوط وان كان وجهه غير ظاهر لعدم دليل يدل على الفورية وعموم الامر بالايفاء بالعقود
ونحوه لا يدل باطلاقه على الفور عندهم وعند غيرهم من المحققين سلمنا لكن الامر بالشيء انما يقتضي النهي عن ضده
العام وهو الامر الكلي لا الافراد الخاصة سلمنا لكن النهي في غير العبادة لا يدل على الفساد عندهم والاستناد
الى ما ذكر من الحج ليس حجة بمجرده وفرع على ذلك وجوب مبادرة اجير الصلوة الى القضاء بحسب الامكان وعدم
جواز اجارته نفسه ثانيا قبل الاتمام واما تخصيص الوجوب بصلوة مخصوصة وايام معينة فهو من الهذيانات
البارزة والتحكمات الفاسدة ويملك المنفعة بنفس العقد كما يملك الاجرة وقد تقدم ان الاجرة
تملك بالعقد والغرض هنا بيان كون المنفعة تملك به ايضا ووجهه ما تقدم من ان صحة المعاوضة يقتضي
انتقال كل من العوضين الى الآخر والعوض من جانب الاجر والموجر هو المنفعة فيلزم انتقالها الى المستاجر
بنفس العقد وان كان انما يستوفيها على التدريج فان معنى ملكه لها كونها حقا من حقوقه فيصح استيفاؤها
ونقلها الى غيره وغير ذلك من لوازم الحقوق المالية وان لم يكن عينا ولا معنى للملك الا ذلك فان كونها مملوكة للموجر
قبل الاجارة معناه ان له ان يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما اجرها صار المستاجر مالك التصرف فيها كما كان
يملكه الموجر وخالف في ذلك بعض العامة فزعم ان المستاجر لا يملك المنفعة بالعقد لانها معدومة ح بل
يملكها على التدريج شيئا فشيئا بعد وجودها واحد وهذا على ملك الموجر وملك الاجرة تابع لملك المنفعة فلا
يملكها الموجر الا تدريجا كذلك وليس بشيء وهل يشترط اتصال مدة الاجرة بالعقد قيل نعم
ولو اطلق بطل وقيل الاطلاق يقتضي الاتصال وهو اشبه القول بالبطلان مع الاطلاق والتصريح
بعدم الاتصال للشيخ رحمه الله والاقوى الجواز مع الاطلاق ان دل العرف على اقتضائه الاتصال والا فالحكم بالاتصال
واما القول بان الاطلاق يقتضي الاتصال مطلقا ففيه انه اعم ولا يدل على الخاص الا بقرينة ونحن نسلم الحكم
مع وجودها لا مطلقا ولو عين شهرا متأخرا عن العقد قيل يبطل والوجه الجواز القول بالبطلان
للشيخ رحمه الله محتجا بان الاجارة تقتضي استحقاق التسليم بالعقد وهو منتف في المفروض بانه لا دليل
على الصحة وجوابه منع كون مطلق الاجارة يستحق بها التسليم بالعقد فانه عين المتنازع ودليل
الصحة عموم الادلة على الامر بالوفاء وصحة هذه المعاملة وايضا فان شرط الاتصال يقتضي عدمه لان كل

واحد من

واحد من الازمنة التي يشتمل عليها مدة الاجارة معقود عليه وليس متصلا منها بالعقد سوى الجزء الاول ومتى كان
اتصال باقي الاجزاء غير شرط فكذا اتصال الجميع واذا سلم العين المستاجرة ومضت مدة يمكن فيها استيفاء
المنفعة لزمت الاجرة وفيه تفصيل المراد بالمدة التي يمكن استيفاء المنفعة فيها ما تعينت شرعا للاستيفاء
اما بالتعيين او ما في حكمه كما اذا عينت المنفعة بالعمل فان مدتها هي الزمان الذي يسعها عادة وانما قيدنا ها
بذلك ليخرج منه ما لو سلمها قبل المدة المشروطة متاخرة عن العقد فانها لا تستقر بهذا التسليم ولا فرق في
ثبوت الاجرة عليه بالتسليم بين كون الاجرة صحيحة وفاسدة لان المنافع اذا كانت مضمونة بالعوض
الصحيح فكذا الفاسد لتبعيته له في ذلك كما سلف مرارا لكن مع الفساد يلزم اجرة المثل عما فات من
المنافع في يده وفي حكمه التسليم ما لو بذل العين ولم ياخذها المستاجر حتى انقضت المدة او مضت مدة
يمكنه الاستيفاء فيستقر الاجرة لكن هنا لا بد من تقييده بالصحيحة واما التفصيل الذي اشار اليه المصنف
فيمكن ان يشير به الى ما ذكره الشيخ رحمه الله في المبسوط من ان الاجرة انما تستقر في المعينة لا المطلقة كانهم
الاول من كلامه صريحا والثاني فحوى ويمكن ان يريد به ان الحكم انما يكون اذا كانت العين المستاجرة
غير حر فلو كانت الاجارة على عمل الحر فسلم نفسه فتسلمه او لم يسلمه ولكن خلى بينه وبين العمل في المدة لم يستقر
لان منافع الحر لا تدخل تحت اليد بخلاف غيره ويمكن ان يكون اشارة الى الفرق بين المعينة بوقت والمطلقة
بالذمة مجردة عن الزمان فيستقر في الاول دون الثاني لان جميع الازمنة صالح لها والحق عدم الفرق
في ذلك كله وان الحكم على ما قررناه وبخط شيخنا الشهيد على شرايعه بعد ان ذكر التفصيل الاول قال والاحتمالات
متكثرة في التفصيل من غير استثناء دالة حجة او استاجره لقلع ضرسه فمضت المدة التي يمكن ايقاع
ذلك فيها فلم يقلعه المستاجر استقرت الاجرة اما لو زال الالم عقيب العقد سقطت الاجرة المراد
ان الاجير سلم نفسه للعمل وامتنع المستاجر من غير عذر فان الاجرة تستقر بالتمكين المذكور ونبه
بذلك على ان الاجير في هذا ونظائره بمنزلة العين المبحوث عن تسليمها سابقا وفيه رد على التفصيل
بالمعنى الثاني واعلم ان المستاجر للقلع لا يجب عليه تسليم نفسه بالاستيجار بل له الامتناع منه
تشهيا وان استقرت الاجرة وانما سقطت الاجرة بالبرء لبطلان الاجارة من حيث تعلقها بمنفعة
لا يجوز استيفاؤها شرعا اذ لا يجوز قلع الضرس وادخال الالم على النفس لغير ضرورة فلا يصح الاستيجار
عليه كما لو استاجره لقلعه ابتداء من غير الم او لقطع يده من غير سبب يوجبه اما لو كانت متاكلة يخاف من
سريان المرض فهي كالضرس الفاسد والمرجع في ذلك الى ظن اهل الخبرة او التجربة ولو استاجر
شيئا فتلف قبل قبضه بطلت الاجارة وكذا لو تلفت عقيب قبضه اما لو انقضى بعض المدة ثم تلف او تجدد
فسخ الاجارة صح فيما مضى وبطل في الزائد الخ المراد بالتالف العين وعقد الاجارة استيفاء المنفعة

كما يرشد اليه ظاهر العبارة وبطلان الاجارة ح واضح لانه احد العوضين فاذا فات قبل قبضه بطل كالبيع والاستثناء
هنا لمنفعه تمامها ما يتم تمام القبض في البيع كما ان استثناء البعض كقبض بعضه ولو كانت الاجارة في الذمة
وسلم عينا للاستيفاء منها فتلفت فالاجارة باقية والمراد بتلفها عقيب القبض وقوعه بعد فصل بحيث لم يمض
زمان يمكنه استيفاء بعض المنفعة كما يرشد اليه قوله اما لو مضى بعض المدة فان المراد منها ما هو اعم من المعينة
بخصوصها وما في حكمها وحيث يبطل في البعض يقسط المسمى على جميع المدة ثم يقوم الاجزاء السالفة على التلف
وينسب الى المجموع فيوجد من المسمى بتلك النسبة ولو تلف بعض العين خاصة فالحكم في التالف كما مر ويتخير
في الباقي بين الفسخ لتبعض الصفقة والامساك بالحصة بقسطها من الاجرة ولو لم يتلف شيء لكن نقصت المنفعة
بطرو عيب كان نقص ماء الارض او الرحا او عرجت الدابة او مرض الاجير ونحو ذلك ثبت للمستاجر الفسخ
ولا بد من تعيين ما يحمله الدابة اما بالمشاهدة واما بتقديره بالكيل او الوزن او ما يرفع الجهالة
لما كان الضابط التوصل في معرفة المجهول الى ما يرفع الجهالة لم يكف مطلق المشاهدة ولا مطلق الاعتبار
باحد الامرين بل مع مزيد زائد اما في المشاهدة فلا بد معها من امتحانه باليد تخمينا لوزنه ان كان
في ظرف كما في الاعيان من الاختلاف في الثقل والخفة مع التفاوت في الحجم واما في المعتبر باحد الامرين
فلا بد معه من ذكر جنسه للاختلاف الفاحش باختلافه فان القطن اضر من جهة انتفاخه
ودخول الريح فيه فيزداد ثقله في الهواء والحديد يجتمع على موضع من الحيوان فربما عقره وتحميل بعض
الاجناس اصعب من بعض والحفظ في بعضها كالزجاج اصعب فلا بد من ذكر الجنس مع التقدير
واعلم انه متى ذكر قدرا معينا من جنس كالحنطة بظرفه خارج عن التقدير لتخصيصه القدر بكونه من
الجنس فالظرف خارج يدلوا عليه بالالتزام حيث يفتقر اليه ويجيء على اطلاق المص الاكتفاء بالكيل
او الوزن من غير اعتبار ذكر الجنس انه لو قدر بمائة رطل واطلق دخل الظرف فيه وعلى ما ذكرناه من الاشتراط
لا يوجبه الاطلاق لبطلان العقد معه ولا يكفي ذكر المحمل ولا راكب غير معين لتحقق الاختلاف
المحمل بكسر الميم الاخرى كمجلس واحد المحامل وهو شقتان على البعير يحمل فيهما العديلان واعتباره اما
بالمشاهدة او الوزن مع ذكر الطول والعرض لاختلافه باختلافهما في السهولة والصعوبة وان اتفق
وزنه ولو عهد اتفاق المحامل او اتفاق جنس منها يكفي ذكر ذلك الجنس وكذا يعتبر معرفة معاليقه وغطائه
وغطائه لاختلافها واما الراكب فيعتبر بالمشاهدة او الوزن مع عدمها وفي الاكتفاء فيه بالوصف
من نحافة وضخامة وطول وقصر وحركة وبطؤ ونحوها وجهان اجودهما ذلك مع افادته
للوصف التام الرافع للجهالة وكذا لا يكفي ذكر الآلات المحمولة ما لم يعرف قدرها وجنسها المراد
بالآلات ما يصحبه معه المسافر في السفر من نحو السفرة والقربة والادوات والقدر
فانه اذا شرط حملها وجب معرفتها بالمشاهدة او الوزن او الوصف الرافع للجهالة لاختلافها على وجه

بعض

يحصل باهمالها الجهالة والغرر ولو لم يشترطها لم تدخل في الاطلاق الا مع جريان العادة بها بحيث لا يحصل القصد
بدونها فيتوجه بطلان الاجارة لو لم يعرف قدرها لان ذلك بمنزلة الشرط المجهول وكذا لا يكفي اشتراط
حمل الزاد ما لم يعينه واذا فني فليس له حمل بدله ما لم يشترط ابداله انما لم يكن ابدال الزاد مع فنائه مع انه قد شرط حمل
القدر المعين لان المتبادر من الزاد ما يفنى في الطريق بالاكل فيرجع فيه الى المتعارف والمراد بفنائه
بالاكل المعتاد فلو فني بغير ذلك لضياعه غير معتادة او اكل ذلك او ذهب بسقوط او سرقة فله ابداله لسبيل
الاطلاق على المعتاد المتعارف ويكون حكم البدل حكم المبدل في ذلك ويعلم من ذلك انه لو شرط حمل زاد زائد
على العادة فليس للزائد حكم المعتاد بل له ابداله لانه كالمجهول المطلق الا ان يريد جعل الجميع زادا يوسعه
ولو شرط الابدال في الجميع فلا ريب في الصحة عملا بالشرط واذا استاجر دابة افتقر الى مشاهدتها
فان لم يكن مشاهدة فلا بد من ذكر جنسها ووصفها وكذا الذكورة والانوثة اذا كانت للركوب
فيذكر في الوصف الجنس كالابل والنوع كالعراب والذكورة او الانوثة فان الانثى اسهل والذكر
اقوى ان استاجر للركوب والا لم يفتقر الى احدهما ويحتمل عدم اعتبار الوصف الاخير مطلقا لان
التفاوت بينهما يسير فلم يكن معتبرا في نظر الشارع ولان احد النوعين ربما اختلفت افراده ازيد
مما بين النوعين وكذا يجب ذكر كل وصف يختلف السير والركوب به سواء اشار الى تعيين غائب
ام جعل متعلقها الذمة غير معتقد بعين بخصوصه ويلزم موجر الدابة كل ما يحتاج اليه في امكان
الركوب من الرحل والقتب وآلته والحزام والزمام الضابط وجوب كل ما جرت العادة بالتوطئة به
للركوب والاستعانة به بالنسبة الى نوع الدابة المعينة فيجب السرج لذات السرج والبردعة لمن يعتاده
ونحو ذلك وكذا اللجام والزمام وغيرهما من الآلات وكذا يعتبر السائق والقائد مع اقتضاء العادة لهما او
لاحدهما وكذا يجب اعانته على الركوب والنزول اما برفعه ان كان يمكنه ذلك وهو من اهله او
المحمل ان كان عاجزا او فاقدا ولكن لا يقتضي العادة له بذلك كالمراة والشيخ الكبير والمريض ولو كان المستاجر
قويا يتمكن من فعل ذلك بنفسه لم يجب اعانته كل ذلك مع اشتراط المستاجر على الاجير المصاحبة او قضاء العادة
بها او كانت الاجارة للركوب في الذمة اما لو كانت مخصوصة بدابة معينة ليذهب بها كيف شاء ولم تقتض
العادة بذلك فجميع الافعال على الراكب وفي رفع المحمل وشده تردد اظهره اللزوم هذا هو الاقوى
لقضاء العادة به ولانه من اسباب الهيئة والتحمل الواجب على الموجر فيجب نعم لو شرط خلاف ذلك اتبع شرطه
ولو آجرها للدوران بالدولاب افتقر الى مشاهدته ولو امكن الوصف الرافع للجهالة كفى وكذا اشترط معرفة عمق البئر

بالمشاهدة او الوصف ان امكن الضبط به ويقدر العمل بالزمان كاليوم او بلجع بركة معينة بالمشاهدة او المساحة
اسقي البستان وان شوهد للاختلاف بقرب عهده بالماء وبعده وحرارة الهواء وبرودته فان كان
بجريب جريب معلوم فلا بد من مشاهدته الارض او وصفها وان كان لعمل مدة كفى تقدير المدة اكتفى المص
في معرفة الارض بالوصف وهو الظاهر بل ربما كان ابلغ من المشاهدة لان صاحب الارض قد يطلع من
باطنها ما لا يظهر بمشاهدة ظاهرها وفي التذكرة اعتبر المشاهدة ولم يكتف بالوصف محتجا بانها تختلف
فبعضها صلب يصعب حرثه على البقر ومستعملها وبعضها رخو سهل وبعضها فيه حجارة يتعلق
بها السكة ومثل هذا الاختلاف انما يعرف بالمشاهدة دون الوصف وفيه ما مر مع ان مشاهدة
ظاهر الارض لا يفيد ذلك وانما يظهر بالعمل وهو موقوف على صحة الاجارة ويبعد ان يريد بالمشاهدة معرفة ما
يصل اليه العمل بها لما في اعتبار ذلك من الحرج ولان المراد من ذلك رفع الجهالة العادية لا الضبط الكلي ويمكن
التوصل الى ذلك باختبارها بالحفر في مواضع على وجه يرفع الغرر هذا اذا قدر بالعمل ولو قدر بالمدة لم يعتبر
معرفة الارض لكن يعتبر تعيين الدابة التي يستعمل في الاكتفاء فيها وفي نزولها في الارض بالعادة
فلا بد من تعيين وقت السير ليلا او نهارا الا ان يكون هناك عادة فيكتفى بها انما وجب تعيين الوقت
لاختلاف الناس في ذلك الموجب للجهالة بسبب اختلافه فيجب التعيين مع عدم العادة المعينة
لذلك الطريق ويشكل الحكم فيما اذا اختلف السير ولم يكن التعيين اليهما كطريق الحاج فان مقتضى تحقيق
شان السير عدم صحة الاستيجار فيها الا ان يستقر العادة بسير مخصوص في تلك السنة بحسب
ما يناسبها عادة من السنين وفي التذكرة منع من الاستيجار في الطريق التي ليس فيها منازل مضبوطة
اذا كانت مخوفة لا يمكن ضبطها باختيارهما ويصح ان يستاجر اثنان جملا او غيره للعقبة ويرجع
في التناوب الى العادة العقبة بضم العين النوبة وهما يتعاقبان على الراحلة اذا ركب هذا تارة
وهذا اخرى فان كان هناك عادة مضبوطة اما بالزمان او المسافة حمل الاطلاق عليها والا وجب
التعيين ولو اتفقا في المنضبط بالعادة على خلافها وضبطاه صح ويعتبر تعيين مبدأ الركوب
ومن يركب منهما اولا واكتفى في التذكرة بالقرعة في تعيين المبتدا ان لم يعيناه في العقد لان محلها
الامر المشكل ويشكل بانه لا اشكال هنا فان عقد المعاوضة لا يبنى على الجهالة المفضية الى التنازع
مع امكان رفعها واذا اكترى دابة فسار عليها زيادة عن العادة او ضربها كذلك او كبحها باللجام
من غير ضرورة ضمن اي اسرع السير بها زيادة عن العادة على عادة امثالها بحسب نوعها ووصفها في تلك
الطريق فان ذلك لا يجوز ويضمن به والمستند في الضرب بالزيادة عن العادة يدل بمفهومه على انه لو ضربها
بما جرت العادة به لم يضمن حملا على المعتاد فان ذلك مما اقتضاه عقد الاجارة وان لم ياذن فيه صريحا
خلافا للتذكرة حيث حكم بالضمان بالضرب مطلقا محتجا بان الاذن مشروط بالسلامة وما اختاره
المص اوجه والمراد بكبح الدابة باللجام جذبها به لتقف قال الجوهري كبحت الدابة اذا جذبتها اليك باللجام
لكي تقف

لكي تقف ولا تجري تقول اكبحتها واكبحتها وكبحتها هذه وحدها بلا الف عن الاصمعي ولا يصح اجارة العقار
الا مع التعيين بالمشاهدة او بالاشارة الى موضع معين موصوف بما يرفع الجهالة العقار بالفتح الارض
والبيوت والشجر والمراد هنا ما يجوز استيجاره منه فيجب مشاهدة الارض المستاجرة للزرع او الغرس او
غيرهما او ما هو اعم او وصفها بما يرفع الجهالة واشترط المص في الموصوف ان يكون عينا شخصية فلا يكفي ايجار عقار
موصوف في الذمة محتجا بلزوم الغرر وفيه نظر فان الوصف الرافع للجهالة يكفي بجامع الغرر والفرق
بينه وبين المعين الموصوف غير واضح نعم لو علل بعسر تحصيل الموصوف لاختلاف العقارات في الخواص
والاوصاف اختلافا كثيرا يعسر معه الوقوف على ما عينه امكن ووافقه على هذا التفصيل في التحرير واطلق
في القواعد والتذكرة والارشاد الاكتفاء بالوصف واذا استاجره مدة فلا بد من تعيين الصانع
دفعا للغرر لتفاوتهم في الصنعة اذا استاجره لعمل من الاعمال التي يختلف فيها الصانع بالخفة والبطوء كالخياطة
والكتابة لم يصح جعله في الذمة بحيث يحصله لمن يشاء لما في ذلك من الاختلاف الكثير الموجب للغرر بل لا بد من تعيين
الصانع سواء كان هو الموجر او غيره مع امكان تحصيل المنفعة منه للانضباط ح ويفهم من تقييده
المنع بالمدة انه لو وقع الاستيجار على عمل معين كنسخ الكتاب المعين او خياطة الثوب المخصوص صح
وان لم يعين الصانع لان الاختلاف في الخفة والبطوء الموجب للزيادة في العمل والنقيصة غير قادح
لحصول المطلوب وهو العمل المعين وهو جيد على الوجه الذي قيدناه من ان منشأ الاختلاف المانع من جهة
الزيادة والنقيصة اما من حيث الظاهر من العبارة ان المانع هو تفاوتهم في الصنعة الشاملة للاختلاف
فيها بحسب الجودة والرداءة فلا فرق فيه بين المعين بالعمل والمدة لكن الاول اوثق لتحصيل الفرق
واما ضبط الاوصاف التي يحصل باختلافها العرض في العمل فلا بد منه في صحة الاجارة كغيره من الامور التي
يعتبر ضبطها وح يندفع الغرر من هذه الجهة اما التقدير بالعمل المعين في المدة المعينة فلا ينضبط بل لا
يصح التعرض اليه كما سبق فلا بد من تعيين الصانع على وجه يندفع به هذا النوع من الغرر وهذه المسئلة
قل من تعرض لها غير المص نعم ذكرها الشافعية في كتبهم وجعلوا في صحة الاطلاق مع تعيين المدة وجهين
ولو استاجر لحفر البئر لم يكن بد من تعيين الارض وقدر نزولها وسعتها الاطلاق لتعيين
يشمل المشاهدة والوصف الرافع للجهالة وقد سبق مثله في ارض الحرث واكتفى هنا بمطلق التعيين كما اطلق
المص ويمكن ان يريد بالتعيين المشاهدة لانها ادخل في تحقيقه الا ان المشاهدة لما كان المراد منها
الاطلاع على ظاهر الارض دون باطنها اذ لا يمكن معرفة الباطن الا بالعمل فيها فلم يكن المشاهدة اضبط من الوصف
بل ربما كان الوصف اضبط منها لامكان اطلاع المستاجر على الباطن بكثرة الممارسة هذا وانما يعتبر تعيين
النزول والسعة مع تقدير العمل بتعيين المحفور اما لو قدره بالمدة لم يفتقر الى ذلك مع احتماله لاختلاف العمل بذلك
سهولة وصعوبة ولو حفر بعضها ثم انهارت او بعضها لم يلزم الاجير ازالته وكان ذلك على المالك اي انهدمت

من جميع جوانبها او بعضها وعدم وجوب ازالته ظاهر لامتثال الاجير ما يجب عليه وعدم تضمن عقد الاجارة لذلك
وضمير ازالته يعود الى التراب الساقط المدلول عليه بالانهيار ولو وقع من التراب المرفوع شيء وجب على الاجير
ازالته لاستناده الى تقصيره في الوضع اذ يجب نقله عن المحفور بحيث لا يرجع اليه والمرجع في قدر البعد الى العرف
ولو حفر بعض ما وقع عليه ثم تعذر حفر الباقي اما لصعوبة الارض او مرض الاجير او غير ذلك قوم حفره
وما حفر منها ويرجع عليه بنسبته من الاجرة وفي المسئلة قول آخر مستنده الى رواية مهجورة ضمير عليه يعود الى
الاجير والراجع هو المستاجر هذا هو الظاهر من سياق العبارة وضمير نسبته يرجع الى التفاوت
المستفاد من نسبة المحفور الى ما وقع عليه اجمع لان ذلك هو الذي يرجع المستاجر بنسبته من الاجرة
لانه المتخلف من العمل وهذا مبني على انه دفع الاجرة او ان المراد بالرجوع عود ذلك القدر الى ملك المستاجر
بعد ان كان قد ملكه الاجير بالعقد كما سبق ويمكن ان يكون يرجع مبنيا للمعلوم وفاعله ضمير عائد الى الاجير
المذكور مرارا وضمير عليه عائد على المستاجر المدلول عليه بالمقام وضمير نسبته راجع الى المذكور سابقا وهو ما حفر
منها والامر متقارب من جهة التركيب اللفظي لان في كل واحد تقديرين يعود اليه الضمير من دون ان يكون ملفوظا
والمراد من الاجرة اجرة المثل لانها هي المعتبرة في النسبة والمرجوع به هو جزء من المسمى بتلك النسبة ويجوز ان يريد
بالاجرة المسمى والجار يتعلق بيرجع والتقدير انه يرجع من المسمى بنسبة ما حفر او ما بقي الى اجرة مثل
المجموع والحاصل ان الاجير المذكور اذا حفر بعض ما استوجر عليه وتعذر عليه الاكمال فله من المسمى
نسبة ما عمل الى المجموع وطريق معرفته ان ينسب اجرة مثل ما عمل الى اجرة مثل المجموع بان تقوم جميع العمل
المستاجر عليه ويقوم ما عمل مفردا وينسب الى المجموع فيستحق الاجر من المسمى بتلك النسبة ويرجع
المستاجر بالباقي ولو فرض تساوي اجرة الاجزاء فله من الاجرة على قدر ما عمل فلو استاجره على حفر بئر عشر
اذرع طولا وعرضا وعمقا فحفر خمسا في الابعاد الثلثة فهو ثمن القدر المشروط لان التساوي له ثمن
الاجرة ومع الاختلاف بالحساب وانما كان ذلك ثمنا لانه مضروب العشرة في الابعاد الثلاثة
الف ومضروب الخمسة في الابعاد الثلاثة لكل مائة وخمسة وعشرون وهو ثمن الالف وطريق معرفته
بالاعتبار انه لم يحفر من النصف الاسفل شيئا ولا من نصف النصف الاعلى ولا من نصف نصفه
وذلك سبعة اثمان وعلى هذا الحساب فقس الباقي من الفروض والقول الآخر الذي اشار اليه المصنف الشيخ
في النهاية مستندا الى رواية ابي شعيب المحاملي عن الرفاعي قال سالت اباعبدالله عليه السلم عن رجل
قبل رجلا ان يحفر له بئرا عشر قامات بعشرة دراهم فحفر له قامة ثم عجز قال تقسم عشرة
على خمسة وخمسين جزءا فما اصاب واحدا فهو للقامة الاولى والاثنين للاثنتين والثلاث للثلاث
وهكذا الى العاشرة وفي ذلك استيفاء الخمسة والخمسين ولكن في بلوغ العدد هذا المقدار
طريقان احدهما ان تزيد اقل الاعداد على اكثرها وتضرب نصف المجتمع منها في الاكثر ففي المثال
تجمع واحدا اقل الاعداد مع عشرة وتضرب نصف المجتمع وهو خمسة ونصف في الاكثر وهو عشرة

تبلغ خمسة

يبلغ خمسة وخمسين والثاني ان تضرب العدد الاكثر وهو العشرة عدد القامات في نفسه فما بلغ زدت عليه جذره
وهو عشرة وتنصفه ففي المائة مضروب العشرة في نفسها مائة وجذر ذلك عشرة واذا نصفتها كانت خمسة وخمسين
وذلك مجموع الاعداد المسؤم عليها وهذه الرواية محمولة على ما اذا كانت القامات على هذا الوجه بحيث
يكون نسبة القامة الاولى الى الثانية انها تقدر نصفها في المشقة والاجرة وهكذا وهو مع ذلك حكم
في واقعة معينة فلا يتعدى مع ان الشيخ لم يذكرها في النهاية على جهة الفتوى وانما نقلها بلفظ الرواية
وفي المبسوط ذكر الحكم كما اختاره المصنف والجماعة وقال وقد روى اصحابنا في مثل هذا مقدار ما ذكرناه في النهاية
فلا يتعين لذلك قولا وعلى تقدير العمل بمضمونها لا يتعدى لما ذكرناه ولو عمل بالتعدي وكان المستاجر
عليه خمسة سمت على خمسة عشر والاربعة على عشرة وهكذا عملا بما ذكرناه من الضابط وكذا في طرف الزيادة
ويجوز استيجار المرأة للرضاع مدة معينة باذن الزوج فان لم ياذن قيل يبطل والجواز
اشبه اذا لم يمنع الرضاع حقه يجوز للزوجة اجارة نفسها للارضاع وغيره مع اذن الزوج مطلقا
عندنا لانها حرة مالكة لمنافعها فجاز لها صرفها الى غيرها بعوض وغيره ولو لم ياذن الزوج فان منع شيئا من
حقوقه توقف على اجازته قطعا للمنافاة وسبق حقه وان لم يمنع ففي الصحة قولان احدهما
وهو الذي اختاره المصنف الصحة لاصالتها وعموم الامر بالوفاء بالعقد ولما ذكرناه من التعليل فانها مالكة
للمنافع التي لا تعلق للزوج بها فلها نقلها الى الغير ومتى منع شيئا من حقوقه فله الفسخ لانه يقع باطلا فالعلامة
في القواعد حيث حكم ببطلانه فسخ والقول الآخر للشيخ رحمه الله وجماعة المنع من دون اذنه مطلقا
محتجا بانه لا دليل على الصحة وقد عرفته وربما احتج عليه بان الزوج مالك لمنافعها بالعقد فلا يجوز
لها نقلها الى غيره وهو ضعيف لانه انما يملك منافع الاستمتاع لا مطلقا ولو فرض تقدم الاستيجار
على النكاح فلا اعتراض للزوج قطعا لسبق حق المستاجر وله الاستمتاع بها فيما فضل عن وقت الارضاع
وليس لولي الطفل منع الزوج عن الوطي مع عدم تضرر الولد به وجعل له المنع لسبق حقه وكذا القول فيما لو
آجر امته للارضاع ثم زوجها وكل موضع يمنع الزوج فيه من الوطي لحق الارضاع يسقط عنه النفقة
في تلك المدة لعدم التمكين التام ولا بد من مشاهدة الصبي لاختلاف الحال في هذه المنفعة
كبرا وصغرا ونهمة وغيرها والوصف لا يفي بضبطه وفي حكم الصبي الصبية ويخصصه بمحله لتبعيته
وهل يشترط ذكر الموضع الذي يرضعه فيه قيل نعم وفيه تردد وجه الاشتراط
اختلاف محال الارضاع في السهولة والصعوبة والنفع فان بيت المرضعة اسهل عليها وبيت الولي اوثق
له ومن اصالة عدم الاشتراط والاولى الاشتراط وكذا القول في كل موضع يختلف فيه العمل واعلم ان حكم
الاستيجار للارضاع ثابت على خلاف الاصل لان متعلق الاجارة الاعيان ليستوفي منها المنافع والركن
الاعظم في الرضاعة اللبن وهو عين تالفة بالارضاع فيكون المعاوضة عليه بالاجارة خارجة
عن موضوعها ومثلها الاستيجار للصبغ وللبير للاستقاء منه ومن ثم ذهب بعضهم الى ان المنفعة

المستحقة هنا التي هي متعلق الاجارة المرضعة من حيث حملها الولد ووضعه في حجرها ووضع الثدي في فمه ونحو ذلك من الاعمال الصادرة عنها لا نفس اللبن ويضعف بان المقصود بالذات هو اللبن وهذه الامور كلها تابعة او مقدمة والاجود ان المقصود مجموع ما ذكر من المنافع مع عين اللبن وجوازه ح مع ان بعض متعلقها عين ذاهبة للنص وهو قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وفعل النبي صلى الله عليه وآله ومن بعده من الائمة ويمكن ان يقال على تقدير ان يكون المراد المجموع ان يكون اللبن تابعا لكثرة غيره من المنافع وقلة قيمة اللبن وان كان اللبن مقصودا من وجه آخر وتبعية نافع من الحكم المخالف مالا ثبت للتبوع ومثله القول في الصبغ ولو مات الصبي او المرضعة بطل العقد ولو مات ابوه هل يبطل مبني على القولين اما موت الصبي فلا اشكال في بطلان الاجارة به لفوات ما تعلق العقد باستيفائه المنفعة واما موت المرضعة فقد اطلق المص البطلان به ووجهه فوات المنفعة بهلاك محلها فيبطل الاجارة كما لو ماتت الدابة المستاجرة وهذا انما يتم مع كونها معينة للارضاع بنفسها كما هو الظاهر من القطع بالحكم ولو كانت مضمونة في ذمتها فالاقوى عدم البطلان كغيرها من الاجارات المتعلقة بالذمة لان الارضاع ح في ذمتها بمنزلة الدين فيتعلق الى مالها اذا فاتت ذمتها فيخرج اجرة المثل لما بقي من المدة من اصل تركتها لانها قيمة الواجب في الذمة ويدفع الى وليه ويحتمل وجوب استيجار وليها عليه من تركتها لان الواجب في ذمتها هو الارضاع ولم يتعذر والا لانفسخت الاجارة واما موت ابيه فمبني على القولين في ان موت المستاجر هل يبطل الاجارة ام لا وقد تقدم ان الاقوى العدم نعم لو كان الولد معسرا واستاجر الاب عليه بمال في ذمته او في ذمة الاب ولم يخلف تركة يوجه جاز فسخها لا انها تبطل بذلك وفي قول المص مبني على القولين اشارة لطيفة الى الرد على ابن ادريس حيث حكم في مسئلة موت احد المتواجرين انها لا تبطل وحكم هنا انها تبطل بموت اب المرتضع محتجا بالاجماع على ان موت المستاجر يبطلها والحال ان المسئلة واحدة وفيهما القولان فيصلها كما ذكره تحكم او تناقض ولو استاجر شيئا مدة معينة لم يجب تقسيط الاجرة على اجزائها سواء كانت قصيرة او متطاولة هذه المسئلة لا تختص بنوع من الاجارة بل هي مستقلة بنفسها آتية في جميع مواردها ولا خلاف عندنا في حكمها وانما نبه على خلاف بعض العامة حيث اوجب تقسيط الاجرة في متن العقد على اجزاء المدة ان كانت سنين فصاعدا حذرا من الاحتياج الى تقسيط الاجرة في متن العقد على اجزاء المدة على تقدير لحوق الانفساخ بتلف العين وغيره وذلك مما يشق او يتعذر ويبطله الاجماع على عدم وجوب التقسيط في السنة الواحدة فما دون مع ورود ما ذكروه فيه والى رده اشار المص بقوله سواء كانت قصيرة او طويلة لان موضع النزاع الطويلة على الوجه المذكور واعلم انه متى قسط الاجرة على اجزاء المدة جاز سواء تفاوتت في التقسيط

ام انفقت

ام انفقت فلو تلفت العين في اثناء المدة كانت اجرة ما مضى بحسب ما شرط ولو كان التلف في اثناء جزء منها بعد مضي اجزاء ثبت ما سمي لتلك الاجزاء وقسط المسمى لذلك الجزء على اجزائه ولو لم يقسط في متن العقد قسط المسمى على جميع المدة ورجع بحصته ويجوز استيجار الارض لتعمل مسجدا لان ذلك غرض مقصود راجح فضلا عن اباحته فتقوم فيصح الاجارة له نعم لا يثبت لها حرمة المسجد بذلك لان شرطه ان يكون موقوفا والوقف شرطه التابيد فاذا تنافيا في الحكم تنافيا في الخاصة وهي من جملة الاحكام فاطلاق المسجدية على الارض المذكورة بسبب اعدادها للصلوة اما بحسب المجاز لهذه المناسبة او بجعل المسجد مشتركا بين ماله حرمة وغيرها كالمسجد يتخذه الانسان في بيته لصلوته وصلوة اهله وقد تقدم في بابه ويجوز استيجار الدراهم والدنانير ان تحقق لها منفعة حكمية مع بقاء عينها لما كان شرط العين المؤجرة امكان الانتفاع بها مع بقاء عينها وكان الغرض الذاتي من هذين النقدين لا يتم الا بذهابهما وربما فرض لهما منافع اخر مع بقاء عينهما بان يتزين بهما ويتجمل ويدفع عن نفسه ظاهر الفقر والفاقة فان ذلك غرض مطلوب شرعا حتى كان الائمة عليهم السلم يقترضون اموالا ويظهرونها للناس او يدفعونها الى عمال الصدقة مظهرين انها من زكوة اموالهم مظهرين لذلك غناهم ومن جملة الاغراض المقصودة بها ايضا نثرها في الاعراس ونحوها ثم تجمع والضرب على سكتها ونحو ذلك كان القول بجواز اجارتها قويا وربما اشعر كلام المص وتردد ان هذه المنافع هل يعتد بها ويتقوم بالمال على وجه يجوز الاجارة ام لا لتعليقه الجواز على شرط تحقق المنفعة مع انها مشهورة وما ذلك الا للشك في الاكتفاء بها وقد صرح العلامة بالاشكال فيها في بعض كتبه وجزم بالجواز في بعضها واحتج للمنع الذي هو احد شقي الاشكال بانتفاء قصد هذه المنافع شرعا ولهذا لا يضمن منفعتها بالغصب وفيه نظر لا نضمنها بالغصب فرع ثبوتها وهو موضع النزاع فلا يجعل دليلا فيه فان من جوز اجارتها فقد جعل الاجرة في مقابلة هذه المنافع وهي متقومة بالمال فيضمن بالغصب وحيث جاز استيجارها لا يشترط تعيين جهة الانتفاع كغيرها من الاعيان لان المعتبر صلاحية العين للمنفعة المقصودة لا ذكرها في العقد وكذا يجوز استيجار الشمع تبعا للتزين والتفاح للشم والاشجار للاستظلال وان لم يعهد المنفعة المقصودة والضابط جواز استيجار العين المشتملة على منفعة محللة مقابلتها بمال ولو استاجره لحمل عشرة اقفزة من صبرة فاعتبرها ثم حملها فكانت اكثر فان كان المعتبر هو المستاجر لزمه اجرة المثل عن الزيادة وضمن الدابة ان تلفت لتحقق العدوان وان اعتبرها الموجر لم يضمنها المستاجر ولو كان المعتبر اجنبيا لزمته اجرة الزيادة اذا شرط في عقد الاجارة حمل الدابة قدرا معينا فان حمل ازيد فلا يخلو اما ان يكون المتولي للكيل هو الموجر او المستاجر او اجنبي ثم اما ان يكون الحمل على الدابة الموجر او المستاجر او اجنبي وعلى التقادير التسعة اما ان يكون الزيادة في الكيل وقعت عمدا او غلطا وعلى التقادير الثمانية عشر اما ان يكون الحامل عالما بالزيادة او جاهلا ثم اما ان يكون الزيادة مما يقع التفاوت فيها بين المكاييل او ازيد من ذلك

فالصور اثنتان وسبعون صورة واما احكامها فنقول ان كانت الزيادة مما يتفاوت فيها المكاييل فلا عبرة بها ولا توجب
ضمانا وان كانت اكثر فان كان المستاجر هو الذي كال الطعام وحمله بنفسه ضمن الدابة بالتعدية وللزائد عن المشروط اجرة المثل
وان لم يكن حمله بل سلمه الى الموجر حتى حمله هو فان كان جاهلا بالحال بان لبس عليه المستاجر انه عشرا بين فظهر كذبه فكالاول
ومثله ما لو امر اجنبيا بالتحميل ولو لم يلبس عليه بل سكت ولم يخبر بشيء فتولى الموجر حملها جاهلا ففي ضمان المستاجر
وكونه غارا بين يكون نظر ويمكن القول بالضمان لان اعداد الحمل وتسليمه بمنزلة الامر بالحمل كما في تقديم طعام الغير اليه للاكل
فيأكله ولو كان المستاجر مع كيله زائدا تذهب في بعض اغراضه بغير قصد فحمله الموجر في عيشته فلا شيء على المستاجر
لعدم الغرور وامكان كون غرضه التكلم معه على الزيادة بخصوصها على وجه من الوجوه ولو كان الموجر عالما بالزيادة
فان لم يقل المستاجر شيئا وباشر الموجر التحميل فلا شيء على المستاجر ولا فرق بين ان يضعه المستاجر على الارض فيحمله الموجر
على الدابة وبين ان يضعه على ظهرها فيسيرها الموجر وان اثم المستاجر في الثاني مع احتمال الفرق وان قال
المستاجر احمل هذه الزيادة فاجابه لزمه الاجرة لها وان كان المتولي للكيل هو الموجر وحمله على الدابة فلا اجرة
له عن الزيادة سواء كان المستاجر عالما بها ام لا لان سكوته مع علمه ليس باذن وللمستاجر هنا مطالبة الموجر
برد الزيادة الى الموضع المنقول منه وليس للموجر ردها بدون اذنه ولو لم يعلم المستاجر حتى اعادها الموجر الى
البلد المنقول منه فله ان يطالبه بردها الى المنقول اليه ولو كان المتولي للحمل هو المستاجر فان كان عالما بالزيادة
فهو كما لو كال بنفسه وحمل لانه لما علم بها كان عليه ان لا يحملها الا باذنه وان كان جاهلا فان امره الموجر بالحمل
فلا ضمان عليه وعلى الموجر رد الزيادة للغرور وان لم يامره ففي كون المستاجر مغرورا بفعل الموجر التردد السابق
وقوى في التذكرة عدم الضمان وعدم الاجرة ولو كان المتولي للحمل اجنبيا غير الموجر والمستاجر فان كان باذن من
نقل الضمان على فاعلها مع جهل الاجنبي لا مع علمه وكذا لو كان بامر الاخر ان كان مجرد التهيئة غرورا وان كان
الزيادة ثم
المتولي للكيل اجنبيا وحمل على الدابة بغير اذن ولم يعلما فهو متعد عليهما فيضمن الدابة واجرة الزيادة وعليه
ردها الى الموضع المنقول منه ان لم يرض المالك ولو تولى الحمل بعد كيل الاجنبي احد المتعاقدين فان كان
عالما فهو كما لو كال بنفسه وان كان جاهلا لم يتعلق به حكم اذا تقرر هذا فنقول على تقدير ضمان
فيه
المستاجر الدابة ما الذي يضمن منها يحتمل النصف لان تلفها مستند الى فعلين احدهما ماذون
وهو غير مضمون والاخر غيره ولا نظر الى التفاوت كما لو جرح نفسه جراحات وجرحه غيره جراحة واحدة
فسرى الجميع فانه يجب نصف الدية على فاعل الجراحة الواحدة ويحتمل التوزيع على الاصل والزيادة فيضمن
قسط الزيادة لان التلف مستند الى الحمل فلا يرجح ولا يستلزم الاول مساواة الزائد للناقص وهو
محال والتوزيع على المحمول ممكن بخلاف الجراحات ويحتمل ضمان جميع القيمة لانه متعد فيضمن كما لو انفرد
باليد وظاهر حكم المص وتعليله اختياره وهذا هو الاقوى فهذه جملة احكام اقسام المسئلة وقد ظهر منها
ما فات العبارة فلو آجره مسكنا ليحرز فيه خمرا او دكانا ليبيع آلة محرمة او اجيرا ليحمل له مسكرا
لم ينعقد الاجارة وربما قيل بالتحريم وانعقاد الاجارة لامكان الانتفاع في غير المحرم والاول اشبه

لان ذلك

لان ذلك لم يتناوله العقد المراد بالخمر هنا المحترمة وهي المتخذة للشرب فلو كان الاتخاذ للتخليل او طرأ قصده قبل الاجارة
صحت ومثل اجارتها لذلك العلم بكون المستاجر يفعل فيها ذلك لانها معاونة على الاثم والعدوان وقد روى الشيخ
في التهذيب باسناده الى الصادق عليه السلم في الرجل يواجر بيته ليباع فيه الخمر قال حرام اجرته ولا اقل من
حمله على العالم بذلك وروى ايضا عنه عليه السلم في مكاتبة ابن اذينة له يسأله عن الرجل يواجر سفينته
ودابته ممن يحمل فيها او عليها الخمر فقال لا باس وجمع الشيخ بينهما بكون النهي في الاول متوجها الى من يعلم
والثاني الى من لا يعلم والحق انه لو لم يكن للثاني معارض من الاخبار لكانت الا انه مخصصة له بغير العالم
مع انه مكاتبة يقصر عن دلالة الاول ان تساويا سندا واما القول المحكي وتعليله فيرد عليه ان المفروض اجارته
لهذه المنفعة فلا يجوز التعدي لو صحت الاجارة وهل يجوز استيجار الحائط المزوق
للتنزه قيل نعم وفيه تردد القول بالجواز لابن ادريس محتجا بانه يشتمل على منفعة متقومة كتعلم الصنعة
المحكمة منه كما يجوز استيجار كتاب فيه خط جيد للتعلم منه لان فيه غرضا صحيحا ومنعه الشيخ
وجماعة لان ذلك يمكن استفادته بدون اذن المالك كما يجوز الاستظلال بحائطه بدونه ولهذا يفرق بينه
وبين الكتاب وهذا الوجه انما يتم لو كان الحائط ظاهرا للمستاجر الى مكان يملك فيه المقام ولو كان
داخلا في ملك الموجر لم يملك التوصل اليه بدون اذنه فما ذكره ابن ادريس حسن مع توقف تحصيل
المنفعة على الاستيجار ولو آجر عبدا آبقا لم يصح ولو ضم اليه وفيه تردد
وجه التردد من عدم القدرة على تسليم المنفعة ومن جواز بيعه مع الضميمة للنص
فكذا اجارته بطريق اولى لاحتمالها من الغرر ما لا يحتمله البيع وكذا تردد في التحرير والتذكرة
واطلق المنع في الارشاد وقيده في القواعد بعدم الضميمة ومفهومه جوازها معها وهو الذي
اختاره الشهيد رحمه الله محتجا بالاولوية والاولى الاقتصار بالحكم على موضع النص والوفاق
نعم لو كان المستاجر يمكن من تحصيله جاز من غير ضميمة كالبيع وكذا القول في المغصوب لو آجره
للغاصب او لم يمكن من قبضه وعلى القول بالجواز مع الضميمة يعتبر كونها متمولة يمكن افرادها بالمعاوضة
وفي اعتبار افرادها بجنس ما انضم اليه ففي البيع تفرد بالبيع وفي الاجارة بالاجارة او يكفي كل واحد منهما
في كل واحد منهما وجهان من حصول المعنى ومن ان الظاهر ضميمة كل شيء الى جنسه وقوى الشهيد الثاني
ولو منعه الموجر منه سقطت الاجرة وهل له ان يلزمه ويطالب الموجر بالتفاوت فيه تردد
والاظهر نعم الظاهر ان سقوطها مشروط بالفسخ لتعذر حصول العين المطلوبة فاذا فسخ اسقط المسمى
ان لم يكن دفعه والا استرجعه وهذا اصح في القواعد ويحتمل ضعيفا كون سقوطها غير موقوف على الفسخ
تنزيلا لتعذر تسليمها منزلة التلف كما انه مع التلف ليس له غير الاجرة المسماة فكذا هنا واختار

هذا احتمال في التذكرة لكن قيده بمنع الموجر المستاجر من العين من غير ان يستوفي المنافع ووجه ثبوت الخيار
لو استوفى وما اختاره المص من التخيير حسن لان المنفعة صارت حقه وقد غصبها الموجر فيتخير عليه عوضها
كالاجنبي فيتخير المستاجر بين الفسخ فيسقط المسمى ولا رجوع حينئذ بالتفاوت بين المسمى واجرة المثل وبين البقاء
على الاجارة واخذ عوض المنفعة وهو اجرة مثلها فيرجع بالتفاوت وهو زيادة اجرة المثل عن المسمى ان
كان ولو منعه ظالم قبل القبض كان بالخيار بين الفسخ والرجوع على الظالم باجرة المثل وجه التخيير
ان العين قبل القبض مضمونة على الموجر فللمستاجر الفسخ عند تعذرها ومطالبة الموجر بالمسمى لفوات المنفعة
عليه وله الرضا بذلك ومطالبة الغاصب باجرة المثل لانه باشر الاتلاف عدوانا وهل للمستاجر مع عدم الفسخ
مطالبة الموجر باجرة المثل يحتمله لكونها مضمونة عليه حتى يتحقق القبض ويضعف بان الثابت عليه على تقدير
تضمينه انما هو المسمى ان كان قبضه ولا يسقط هذا التخيير بعود العين الى المستاجر في اثناء المدة بل له الفسخ في الجميع
واخذ المسمى لفوات المجموع من حيث هو مجموع ولاصالة بقاء الخيار السابق وله الامضاء واستيفاء
باقي المنفعة ومطالبة الغاصب باجرة مثل ما فات في يده من المنافع وليس له الفسخ في الماضي خاصة
والرجوع بقسطه من المسمى على الموجر واستيفاء الباقي من المنفعة لاستلزامه تبعيض الصفقة على الموجر
وهو خلاف مقتضى العقد بل اما ان يفسخ في الجميع او يمضيه مع احتماله لان فوات المنفعة في هذه الحالة
يقتضي الرجوع الى المسمى وقد حصل في البعض خاصة فاستحق الفسخ فيه ولو كان بعد القبض
لم يبطل وكان له الرجوع على الظالم كا زحيفه ان يقول لم يكن له الفسخ لان البطلان يتوقف على التعذر من
مالك هو موضع الاستدراك وانما لم يكن له الفسخ حينئذ لاستقرار العقد بالقبض وبراءة الموجر فيستحق
المستاجر على الغاصب اجرة مثل المنفعة الفائتة في يده لا غير ولا فرق في الغصب بعد القبض
بين كونه في ابتداء المدة وفي خلالها لحصوله في الموضعين ولو كان الغاصب الموجر فالظاهر عدم الفرق
ولو انهدم المسكن كان للمستاجر فسخ الاجارة الا ان يعيده صاحبه ويمكنه منه وفيه تردد
مقتضى جواز الفسخ ان العقد لا ينفسخ بنفسه ولا بد من تقييده بما كان ازالة المانع وبقاء اصل الانتفاع
ولو انتفيا معا انفسخت الاجارة لتعذر المستاجر عليه والمراد باعادة المالك المستثناة لرفع الخيار
ما كانت بسرعة بحيث لا يفوت شيء من المنافع وان قل والا بقي الخيار بغير تردد ومنشأ التردد
على هذا بعد اعادته كذلك من زوال المانع مع عدم فوات شيء من المنافع ومن ثبوت الخيار بالانهدام
فيستصحب اذ لم يدل دليل على سقوطه بالاعادة وهو قوي اذا وجد المستاجر بالعين المستاجرة
عيبا كان له الفسخ او الرضا بالاجرة من غير نقصان ولو كان العيب مما يفوت به بعض المنفعة وجه
التخيير مع ان المعقود عليه هو العين وحقه منها هو المنفعة ان مورد الاجارة هو العين ليستوفي منها
المنفعة وهي تابعة في المالية للعين فيلزم من نقص العين نقص مالية المنفعة فعيب العين في قوة
عيب المنفعة فله الفسخ وان استوفى بعضها ولا يرد انه مع استيفاء البعض يكون قد تصرف

وهو يسقط

وهو يسقط خيار العيب الا ان المراد بالتصرف حقيقته في العوض الذي صار للمتصرف وهو هنا المنفعة وما لم يستوفه
منها لم يتصرف فيه انما حصل التصرف في المستوفى ولان الصبر على العيب ضرر منفي وقوله من غير نقصان اي من غير
ارش وبهذا صرح جماعة وكان وجهه ان العقد انما جرى على هذا المجموع وهو باق فاما ان يفسخ او يرضى بالجميع
ويضعف بان الاطلاق لما كان منزلا على الصحيح كان الجزء الفائت او الوصف مقصودا للمستاجر ولم يحصل وهو
يستلزم نقص المنفعة التي هي احد العوضين فيثبت الارش فيتخير وطريق معرفته ان ينظر الى اجرة مثلها سليمة ومعيبة
وينظر الى التفاوت بينهما ويرجع من المسمى بتلك النسبة ولو اختار الفسخ فان كان قبل ان يمضي من المدة ما له اجرة
فلا شيء عليه وان كان بعد مضي بعض المدة واستيفاء منفعتها فعليه من المسمى بقدر ما مضى ثم ان تساوت المنفعة
في المدة قسطت على اجزاء المدة وان اختلفت كدار اجرتها في الشتاء اكثر منها في غيره ودابة اجرتها في بعض المواسم
اكثر والطريق مختلفة رجع في التقويم الى اهل الخبرة ويقسط المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الاعيان المختلفة
في البيع واعلم ان القسم المسكوت عنه المدلول عليه بلو الوصلية في قوله ولو كان العيب يفوت منه بعض
المنفعة هو ما اذا كان العيب لا يفوت به شيء منها لا ما اذا كان يفوت به الجميع لان ذلك يفسد العقد
هذا كله اذا كانت الاجارة واردة على العين فلو وردت على الذمة فدفع اليه عينا فظهرت معيبة لم يكن له الفسخ
بل على الموجر ابدالها نعم لو تعذر الابدال لعجزه عنه او امتناعه ولم يمكن اجباره عليه تخير المستاجر لتعذر ما
جرت عليه المعاوضة فيرجع الى ماله اذا تعدى في العين المستاجرة ضمن قيمتها وقت العدوان
لانه حينئذ يصير بمنزلة الغاصب وهو مبني على ان الغاصب يضمن قيمة المغصوب يوم الغصب وهو اختيار الاكثر
وقيل يضمن اعلى القيم من حين العدوان الى حين التلف والاقوى ضمان قيمتها وقت التلف وقد تقدم
مرارا ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المالك ان كانت دابة وقيل قول المستاجر على كل حال
وهو اشبه القول بالتفصيل للشيخ رحمه الله والاقوى ما اختاره المص من تقديم قول المستاجر مطلقا
لانه منكر من تقبل عملا لم يجز ان يقبله غيره بنقيصة على الاشهر الا ان يحدث فيه ما
يستبيح به الفضل هذا هو المشهور ومستنده اخبار حملها على الكراهة اولى جمعا ولا فرق في
الجواز على تقدير الحدث بين قلته وكثرته ولا يخفى ان الجواز مشروط بعدم نهي العامل في العقد والا فلا
اشكال في المنع والضمان لو سلم العين ولا يجوز تسليمها الى غيره الا باذن المالك ولو سلم من غير عوض
ضمن يمكن ان يريد بالتسليم المنهي عنه على تقدير عدم جوازه تسليمها لغيره والحكم حينئذ واضح ويمكن ان
يريد به في صورة الجواز او الاعم والوجه حينئذ انه مال الغير فلا يصح تسليمه الى غير من استامنه عليه
وجواز اجارته لا ينافيه بل يجمع باذن المالك فان امتنع رفع امره الى الحاكم فان تعذر احتمل جواز
التسليم حينئذ لتعارض حق العامل الثاني وحق المالك فيقدم العامل وفاء بالعقد ويحتمل تسلطه على
الفسخ لا غير لان المالك مسلط على ماله يعطيه من شاء ويمنعه من شاء والحال انه لم يرض بامانته ولو قيل
بجواز التسليم مطلقا حيث يجوز الفسخ كان حسنا لصحيحة علي بن جعفر عن اخيه ع ان يسلمها السلم

في عدم ضمان الدابة المستاجرة بالتسليم الى الغير اذا لم يشرط عليه ركوبها بنفسه واذا كان الضمان ساقطا مع تسليمها لاستيفاء
المنفعة لغير المالك مشروطة مع كون المنفعة للمالك اولى واليه مال في المختلف وابن الجنيد جوز التسليم من غير
ضمان مع كون المسلم مامونا   يجب على المستاجر سقي الدابة وعلفها ولو اهمل ضمن   المراد ان ذلك لازم للمستاجر
دون الشرط من ماله من غير ان يرجع به على المالك وهو مذهب جماعة من الاصحاب والاقوى وجوبهما على المالك
الا مع الشرط لاصالة عدم وجوبهما على غيره ثم ان كان حاضرا معه والا استاذنه في الانفاق ورجع عليه
فان تعذر استاذن الحاكم فان تعذر انفق بنية الرجوع واشهد عليه ورجع به ولو لم يشهد اما لتعذره
او مطلقا فالحكم ما سبق في الرهن والوديعة وغيرهما وحيث يجب عليه الانفاق لغيبة المالك لو اهمل ضمن
لتفريطه   اذا افسد الصانع ضمن ولو كان حاذقا في قوله ولو احتاط او اجتهد اما لو تلف في يد
الصانع لا بسببه من غير تفريط ولا تعد لم يضمن على الاصح   اما الضمان فيما سلف منه فهو موضع وفاق
ولا فرق في ذلك بين الحاذق وغيره ولا بين المختص والمشترك ولا بين المفرط وغيره ولان التصرف في مال الغير بلا
من غير اذن يقتضي الضمان ولابد فيه عدم التفريط واما عدم الضمان لو تلف من غير تفريط بغير فعله فهل انه
كذلك بل ادعى عليه المرتضى الاجماع وما اختاره المص اقوى لاصالة البراءة ولانهم امناء فلا يضمنون بدون
التفريط وفي كثير من الاخبار دلالة عليه والاجماع ممنوع   وكذا الملاح والمكاري لا يضمنان الا ما
تلف عن تفريط على الاشهر هذا هو الاقوى لما تقدم ولعدم دخولهما في اسم الصانع الذي وقع
عليه الاجماع والشيخ استند في ضمانهما الى رواية ضعيفة السند   من استاجر اجيرا لينفذه
في حوائجه كانت نفقته على المستاجر الا ان يشترط على الاجير   مستند ذلك رواية سليمن بن سالم عن
عن الرضا عليه السلم ولاستحقاق منافعه المانع من ثبوت النفقة واختاره جماعة من الاصحاب
والاقوى انه كغيره لا يجب نفقته الا مع الشرط ويمكن حمل الرواية على تعيين رسل منها عليه واستحقاق
منافعه لا يمنع من وجوب النفقة في ماله الذي من جملته الاجرة وحيث يشترط على المستاجر
فلابد من بيان قدرها ووصفها بخلاف ما لو دل بوجوبها عليه ابتداء فانه يجب عليه القيام بعادة
امثاله   اذا آجر مملوكا له فافسد كان ذلك لازما لمولاه في سعيه وكذا لو آجر نفسه باذن مولاه
لما كان الصانع ضامنا لما يفسده في ماله وكان العبد لا مال له تعلق الضمان بكسبه ان كان العقد
صادرا عن اذن مولاه او الاذن مطلقا لان ذلك من مقتضى الاجارة فكون الاذن فيها التزاما بلوازمها
لكن لو زادت الجناية عن الكسب لم يلزم المولى كما تقدم نظيره في تصرف المأذون هكذا اختاره جماعة
وقال ابو الصلاح ان ضمان ما يفسده العبد على المولى مطلقا وتبعه الشيخ رحمه الله في النهاية لرواية زرارة
في الحسن عن الصادق عليه السلم والاصح ان الافساد ان كان في المال الذي يعمل فيه بغير تفريط تعلق بكسبه
كما ذكروه وان كان بتفريط تعلق بذمته يتبع به اذا اعتق لان الاذن في العمل لا يقتضي الاذن في الافساد
نعم لو كان

نعم لو كان باذن المولى تعلق به وعليه يحمل الرواية وان كان بجناية على نفس او طرف تعلق برقبة العبد وللمولى فداؤه
باقل الامرين من القيمة والارش سواء كان باذن المولى ام لا   صاحب الحمام لا يضمن الا ما اودع وفرط في حفظه
او تعدى فيه لانه على تقدير الايداع امين فلا يضمن بدون التفريط ومع عدمه فالاصل براءة ذمته من وجوب
حفظ مال الغير مع عدم التزامه به حتى لو نزع المغتسل ثيابه وقال له احفظها فلم يقبل لم يجب عليه الحفظ
وان سكت ولو قال اودعها ونحوه مما يدل على القبول كفى في تحقق الوديعة   اذا اسقط الاجرة بعد تحققها
في الذمة صح ولو اسقط المنفعة المعينة لم يسقط لان الابراء لا يتناول الا ما هو في الذمة   المراد بتحقق الاجرة
في الذمة تعلقها به وان لم يستحق المطالبة بها ويتحقق كذلك بالعقد كما مر   والمراد باسقاطها البراءة منها
سواء كان بلفظ الاسقاط ام الابراء ام بما شاكله من الالفاظ الدالة عليه ولما كان الابراء عبارة عن اسقاط
ما في الذمة لم يصح تعلقه بالاعيان ولا بالمنافع المتعلقة بها ومنها الاجرة لو كانت عينا ويصح عما في
الذمة سواء كان اجرة ام منفعة كما لو استاجره ليخيط له ثوبا ونحوه   اذا آجر عبده ثم اعتقه
لم تبطل الاجارة ويستوفي المنفعة التي تناولها العقد ولا يرجع العبد على المولى باجرة مثل عمله بعد
العتق   لما كانت منافع العبد ملكا للمولى كالرقبة ونقلها الى غيره في زمن ملكه نقلا لازما وجب ان لا
تبطل بالعتق لان العتق ح لم يصادف الا رقبته دون منافعه مدة الاجارة من زوال السلطنة
عن رقبته وعن المنافع التي لم يتناولها عقد الاجارة ويجب على العبد القيام بانفاء المنافع باقي
المدة لانه حق وجب عليه بمقتضى الاجارة السابقة فيستصحب حتى كانه رهن بالنسبة الى تلك
المنافع وهل يرجع على مولاه باجرة مثل عمله في تلك المدة قطع المصنف بعدمه لانها مملوكة له زمن
الاجارة وقد استحقها المستاجر قبل العتق فلا وجه لرجوعه على المولى بها لانه انما ازال الرق عنه
مسلوب المنافع تلك المدة فلم يتصرف الا الى الرقبة وقريب منه ما لو اعتقه وشرط عليه خدمة مدة
معينة بل مسئلة الاجارة اولى لعدم اعراض العبد وعدم استحقاقه شيئا لسبق ملك المستاجر
لها على العتق وربما قيل برجوعه على السيد باجرة المثل عن تلك المدة لان ازالة الرق يقتضي ملك العبد للمنافع
فاذا سبق نقل المولى لها فاتت العين فيرجع العبد على المولى بعوضها وهو اجرة المثل وضعفه
يعلم مما سبق اذا تقرر ذلك فنفقته تلك المدة اذا لم يكن مشروطة على المستاجر هل تجب على مولاه
او في كسبه او في بيت المال ان كان اوجه من انتفائها عن العبد لاستغراق وقته في الخدمة
وعن المستاجر لانتفاء الشرط فلم يبق لها محل الا السيد ولانه ملك عوض نفعه تلك المدة ومن انتفاء
المقتضي للانفاق اذ هو الملك وقد زال ومن ان النفقة مقدمة على حق كل احد كما في المديون والمعسر
فيخرج من الكسب مقدمة على حق المستاجر والاقوى الاخير لزوال ملك السيد وعجزه عن نفسه ولبطلان

الحجر وعدم استلزام تملك عوض نفعه تلك المدة النفقة وانما تعدم المنفعة على حق العزم مال المكتسب وهو منفى
هنا وبيت المال معد للمصالح وهو من جملتها ومع تعذره فهو من الواجبات الكفائية على سائر المكلفين
ولو آجر الوصي صبيا مدة يعلم بلوغه فيها بطلت في المتيقن وصحت في المحتمل ولو اتفق البلوغ فيه
وهل للصبي الفسخ بعد بلوغه فيه نعم وفيه تردد لما كان زمان الولاية على الصبي هو ما قبل البلوغ
والرشد فاذا آجره مدة يقطع ببلوغه في اثنائها كما لو آجر ابن العشر ست سنين وكان رشيدا فان
الاجارة يلزم الى وقت الكمال ثم هي موقوفة على اجازة الصبي وقيدنا بوجود الرشد لانه لو لم يكن موجودا
بل امكن تجدده فانه يكون كما لو آجره مدة يمكن فيها بلوغه وعدمه لان الرشد احد الشرطين في زوال
الولاية وتجدده ممكن في كل وقت وان طعن في السن وعلى تقدير عدم القطع ببلوغه في المدة او بلوغه
وعدم رشده يصح في الجميع صحة لازمة الى حين اجتماع الشرطين قطعا لانتفاء المانع وهل يوقف بعد ذلك
على اجازة الصبي فيه نعم لان زوال الولاية هنا هو ما قبل الاكمال فيكون مورد التصرف مقصورا عليه
ويحتمل العدم لوقوع الاجارة من اهلها في محلها في وقت لم يعلم لها مناف فيستصحب
والاقوى الاول وحكم المجنون بعد الافاقة مطلقا حكم الصبي اذا بلغ في الوقت المحتمل
اذا سلم اجيرا ليعمل له صنعة فهلك لم يضمنه صغيرا كان او كبيرا حرا او عبدا هذا الحكم
موضع وفاق منا ومن العامة ولانه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها ولانه
مستحق المنفعة ولا يمكن استيفاؤها الا باثبات اليد فكانت امانة ولا فرق بين هلاكه
في مدة الاجارة وبعدها اذ لا يجب على المستاجر رد العين الى مالكها على تقدير كونها مملوكة بل الواجب
عليه التخلية بينه وبينها فاذا كان حرا اولى نعم لو حبسه مع الطلب بعد انقضاء المدة
صار بمنزلة المغصوب وسياتي ان الحر البالغ لا يضمن بذلك وما عليه من الثياب تابع له لانها
تحت يده والحر لا يدخل تحت اليد ولو كان صغيرا او عبدا ضمنه اذا دفع سلعة الى غيره
ليعمل فيها عملا فان كان ممن عادته ان يستاجر لذلك العمل كالغسال والقصار فله اجرة مثل
عمله وان لم يكن له عادة وكان العمل مما له اجرة فله المطالبة لانه ابصر بنيته وان لم يكن مما
له اجرة بالعادة لم يلتفت الى مدعيها لما كان الامر بالعمل يقتضي استيفاء منفعة مملوكة للمامور
متقومة بالمال وجب عوضها على الامر كالاستيفاء معاطاة وقد شرط المصنف في لزوم الاجرة
احد الامرين اما كون العامل من عادته ان يستاجر لمثل ذلك العمل وكون العمل له اجرة في العادة
والعلامة اعتبر في لزومها كون العمل ذا اجرة عادة خاصة ويتخرج على ذلك صور اربع الاول
ان يكون العمل مما له اجرة عادة والعامل ممن يستاجر لذلك كما لو دفع الى قصار ثوبا ليقصره
اوجلس

اوجلس بين يدي حلاق فحلق رأسه لذلك فحلق له فله الاجرة على القولين الثاني انتفاؤهما معا ولا اجرة
عليهما ولا فرق بين كون العمل حينئذ متقوما باجرة وعدمه اذا لم يكن له في العادة اجرة ولا اعد العامل نفسه لها
الثالث ان يكون العمل مما له اجرة في العادة ولكن العامل ليس من عادته الاستئجار له فيستحق على القولين
ايضا لثبوت الشرط وهو المذكور عند العلامة واحد الامرين عند المصنف الرابع عكسه فيستحق الاجرة
عند المصنف دون العلامة ومختار المصنف اوضح لما تقدم من انه استيفاء عمل محترم بالامر ولا يحل بدون العوض
الا باباحة مالكه ولم يتحقق كلما يتوقف عليه توفية المنفعة فعلى الموجر كالخيوط في الخياطة والمداد
في الكتابة ما يتوقف عليه الانتفاع على اقسام منه ما يجب على المالك بغير خلاف كعمارة الحيطان
والسقوف وعمل الابواب ومجرى الماء ونحو ذلك ومنه ما هو على المستاجر بغير اشكال كالحبل للاستقاء
والدلو والبكرة ومنه ما ليس على احدهما كالتحسين والتزويق ومنه ما اختلف فيه وهو الخيوط
للخياطة والمداد للكتابة والصبغ للصباغة والكش للتلقيح وقد جزم المصنف بانها على الموجر لتوقف
استيفاء المنفعة الواجب عليه بالعقد اللازم فيجب من باب المقدمة ويحتمل كونها على المستاجر لان
الواجب على الموجر انما هو العمل لان ذلك هو المقصود من اجارة العين اما الاعيان فلا تدخل في مفهوم
الاجارة على وجه يجب اذهابها لاجلها الا في شواذ ثبتت على خلاف الاصل كالرضاع والاستحمام والاقوى
الرجوع الى العرف المطرد فان اشتبه او اضطرب فعلى المستاجر ويدخل المفتاح في اجارة الدار لان الانتفاع
لا يتم الا بها التعليل بتمامية الانتفاع لا يتم لما قد عرفت ان بعض ما يتم به الانتفاع ليس لازما للموجر ولا يتم الاستدلال
الا اذا جعل الحكم كليا وخصوصا ان المنقول لا يدخل في اجارة العقار الثابت الا مع العادة او التبعية
والاولى التعليل بانه تابع للغلق المثبت بل هو كالجزء منه وهذا بخلاف مفاتيح القفل فلا يجب تسليمه ولا تسليم
القفل لانتفاء التبعية ولما ذكر اذا تنازعا في اصل الاجارة فالقول قول المالك مع يمينه لانه
منكر لها فيكون القول قوله كما في كل منكر وكان الاولى التعبير بتقديم قول المنكر مطلقا لجواز كونه غير المالك
ثم ان كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع رجع كل مال الى صاحبه وان كان بعد استيفاء شيء من المنافع
او استيفاء الجميع الذي يزعم من يدعي وقوع الاجارة انه متعلق العقد فلا يخلو اما ان يكون المدعي للاجارة
المالك او المتصرف فان كان المالك وحلف المنكر انتفت الاجارة ووجب عليه اجرة المثل فان كانت
ازيد من المسمى بزعم المالك لم يكن له المطالبة به ان كان دفعه لاعترافه باستحقاق المالك ووجب عليه
دفعه ان لم يكن دفعه وليس للمالك قبضه لاعترافه بانه لا يستحق ازيد من المسمى الا ان يكذب نفسه في دعواه
الاولى على قول وان زاد المسمى عن اجرة المثل كان للمنكر المطالبة بالزائد ان كان دفعه ويسقط عنه ان لم
يكن والعين ليست مضمونة عليه في هذه الصورة لاعتراف المالك بكونها امانة بالاجارة وان كان المدعي
للاجارة هو المستاجر فان انكر المالك مع ذلك الاذن في التصرف في العين فالقول قوله فيها مع يمينه فاذا حلف ×

استحق اجرة المثل فله المطالبة بها ان لم يكن تنقص عن قدرها وان زادت عن المسمى بزعم المتصرف وان كان المسمى اكثر فليس له
المطالبة بالزايد وان كان المتصرف يعترف له به الا انه مكذب نفسه على قول ولو كان المتصرف قد انقص
المسمى وهو ازيد من اجرة المثل فليس له المطالبة بالزايد وان كان المالك يعترف بعدم استحقاقه لزعم المتصرف انه
لا حق له في الزايد ويصير العقد هنا لانكار المالك الاذن ولو اعترف به فلا ضمان   وكذا لو اختلفا في قدر
المستاجر هو بفتح الجيم اي قدر العين المستاجرة بان قال آجرتني الدار باجمعها بمائة فقال بل البيت
منها خاصة بالمائة فان القول قول المنكر لاصالة عدم وقوع الاجارة على ما زاد عما يعترف به وربما قيل
هنا بالتحالف لان كلا منهما مدع ومنكر والاقوى ما اختاره المص لاتفاقهما على وقوع الاجارة على البيت
وعلى استحقاق الاجرة المعينة وان كان توزيعهما مختلفا بحسب الدعوى انما الاختلاف في الزايد
فيقدم قول منكره وضابط التحالف ان لا يتفقا على شيء كما لو قال آجرتك البيت الفلاني فقال بل الفلاني
او آجرتك البيت فقال بل الحمام ومثله ما تقدم في البيع اذا اختلفا في قدر المبيع وفي تعيينه فالقول بالتحالف
هنا دون البيع ليس بجيد   وكذا لو اختلفا في رد العين المستاجرة   فان القول قول المنكر لانه منكر
والاصل عدم الرد والمستاجر قبض لمصلحة نفسه فلا يقبل قوله في الرد مع مخالفته للاصل
اما لو اختلفا في قدر الاجرة فالقول قول المستاجر لانكاره الزايد منهما مع اتفاقهما على وقوع العقد وعلى العين
والمدة وقيل بالتحالف هنا ايضا لان كل واحد منهما مدع ومنكر وهو ضعيف   اذا ادعى الصانع
او الملاح او المكاري هلاك المتاع وانكر المالك كلف البينة ومع فقدها يلزمهم الضمان   وقيل القول قولهم
مع اليمين لانهم امناء وهو اشهر الروايتين وكذا لو ادعى المالك التفريط فانكروا   القول قولهم مع عدم البينة
هو المشهور بل ادعي عليه الاجماع والروايات مختلفة والاقوى ان القول قولهم مطلقا لانهم امناء وللاخبار
الدالة عليه ويمكن الجمع بينها وبين ما دل على الضمان بحمل تلك على ما لو فرطوا او اخروا المتاع عن الوقت المشترط
كما دل عليه بعضها   لو قطع الخياط ثوبا قباء وقال المالك امرتك بقطعه قميصا فالقول قول المالك مع يمينه
وقيل قول الخياط والاول اشبه   ولو اراد الخياط فتقه لم يكن له ذلك اذا كانت الخيوط من الثوب او من المالك
ولا اجرة له لانه لم ياذن فيه المالك   القول للشيخ رحمه الله واقواهما ما اختاره المص لانه منكر لما يدعيه
الخياط من التصرف في ماله والخياط يدعي الاذن في قطعه على الوجه الذي يزعمه والاصل عدمه ويدعي
ايضا المسقط لضمانه بتصرفه في مال الغير وهو اذن المالك ولان قول المالك مقدم في اصل الاذن فكذا في
صفته لان مرجعه الى الاذن على وجه مخصوص   ووجه تقديم قول الخياط ان المالك يدعي عليه
حقا وهو الارش فيكون غارما فيقدم قوله في نفيه واذا لم يثبت له الاجرة فعلى المختار من تقديم قول
المالك لا اجرة للخياط على عمله وعليه ارش الثوب ما بين كونه مقطوعا قميصا ومقطوعا قباء وعلى هذا الارش
لما يصلح لهما من القطع لكونه من جملة الماذون ويحتمل كونه تفاوت ما بين قيمته مقطوعا وصحيحا لان القطع
على الوجه الذي يدعيه الخياط عدوان ثم لو اراد فتق القميص ليرفع ما احدثه من العمل لم يكن له ذلك

اذا كانت

ان كانت الخيوط للمالك سواء كانت من الثوب ام من غيره اذ ليس له عين يمكنه انتزاعها ولا يمكن تحصيل العمل لانه
ليس عينا وقد صار عدوانا فكان كما لو نقل ملك غيره من موضع الى آخر عدوانا فانه ليس له رده الى محله الاول الا
لمطالبة المالك ولو كانت الخيوط للخياط ففي تمكينه من اخذها وجهان اصحهما ذلك لانها عين ماله وهي باقية
فكانت كالصبغ في الثوب المغصوب   ووجه المنع استلزام اخذها التصرف في ملك الغير بغير اذنه
وانه يزعم انها للمالك بناء على ان الخيوط للخياط وانه انما يستحق الاجرة وقد ظلمه المالك بما كان وعلى الجواز
لو طلب المالك ان يشد في طرف كل خيط خيطا حتى اذا سل الخياط خيوطه صار خيط المالك في مكانه
لم يجب على الخياط اجابته لانه تصرف في مال الغير موقوف على اذنه كما لا يجب عليه القبول لو بذل له
المالك قيمة الخيوط وبيعها لانه مسلط على ماله وكذا لو بذل للمالك قيمة الثوب   كتاب ——
الوكالة   في العقد وهو استنابة في التصرف   الوكالة بفتح الواو وكسرها استنابة في التصرف
فالاستنابة بمنزلة الجنس يشمل الامانات المالكية كالوديعة والعارية والقراض وغيرها وخرج
بقيد التصرف الوديعة فانها استنابة في الحفظ خاصة والوصية احداث ولاية لا استنابة
فهي خارجة من اول الامر وبقي نحو القراض والمزارعة والمساقاة مندرجا في التعريف وكانه
اراد الاستنابة في التصرف بالذات فيخرج هذه لان الاستنابة فيها ضمنية او التزامية
والمقصود بالذات غيرها ولو صرح بالقيد كان حسنا   ولا بد في تحققه من ايجاب
دال على القصد كقولك وكلتك او استنبتك او ما شاكل ذلك ولو قال وكلتني فقال نعم او اشار به
بما يدل على الاجابة كفى في الايجاب   لما كان عقد الوكالة من العقود الجائزة صح بكل لفظ دل على الاستنابة
في التصرف وان لم يكن على نهج الالفاظ المعتبرة في العقود ويشهد له قول النبي صلى الله عليه وآله لعروة
البارقي اشتر لنا شاة   وقوله تعالى حكاية عن اهل الكهف فليأتكم برزق منه   ومنه بع واشتر
واعتق واذنت لك في كذا ونعم عقيب الاستفهام التقريري كوكلتني في كذا لانها نائبة مناب
وكلتك وكذا الاشارة الدالة على المراد الواقعة جوابا فانها وان لم تعد ايجابا صريحا ولم تجعل النطق به
الا انه بمنزلته في الوكالة فيكتفى فيه للتوسع في مثل هذا العقد   واما القبول فيقع باللفظ
كقوله قبلت او رضيت او ما شابهه وقد يكون بالفعل كما اذا قال وكلتك في البيع فباع انما اكتفى
بالقبول بهذا المعنى لان المقصود من اصل الوكالة الاستنابة والاذن في التصرف وهو اباحة ورفع
حجر فاشبه اباحة الطعام ووضعه بين يدي الآكل فانه لا يفتقر الى القبول اللفظي   وما ذكره
المص من كون القبول الفعلي هو فعل ما تعلقت به الوكالة هو الظاهر من عبارة كثير من الاصحاب ومنهم العلامة
في غير التذكرة اما فيها فقال ان القبول يطلق على معنيين احدهما الرضا والرغبة فيما فوض اليه ونقيضه الرد
والثاني اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وساير المعاملات ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى

الاول دون الثاني حتى لو رد وقال لا اقبل او لا افعل بطلت ولو اراد ان يفعل او ان يرجع بل لا بد من استيناف اذن
من اذن الموكل والاصل في ذلك ان الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وآله لم ينقل عنهم سوى امتثال امره قال وان لم
نشرط القبول اللفظي كفت الكتابة والرسالة وكان ماذونا في التصرف انتهى وهذا يدل على ان القبول الفعلي بمعنى فعل
ما وكل فيه لا يكفي مطلقا بل مع اقترانه بالرضا والرغبة ووقوعه قبل ان يرد والمراد بقوله كفت الكتابة اي
في الايجاب وانما رتب الاكتفاء بها على وجه عدم اشتراط القبول اللفظي لانه لو اشترط كان عقدا مختصا
فلا يكفي فيه الكتابة واما اذا لم يعتبر فهي اباحة يكفي كل ما دل عليها وما ذكره المص والجماعة من الاكتفاء
في الايجاب بالاشارة اختيارا يقتضي الاكتفاء بالكتابة ايضا لاشتراكهما في الدلالة مع امن التزوير
ولو تاخر القبول عن الايجاب لم يقدح في الصحة فان الغائب يوكل والقبول متاخر ظاهر
العلامة في التذكرة ان هذا الحكم اجماعي لانه اسنده الى اصحابنا وجوز تراخيه وان كان الى سنة
وعلل المص الجواز بتوكيل الغائب مع تاخر القبول لا يخ من دور لان جواز توكيل الغائب مع تاخر القبول
فرع جواز التراخي اذ لو قلنا بالجواز فورية لم يصح توكيل الغائب ولو اراد ان توكيل الغائب جائز اجماعا
فدل على جواز التراخي امكن الاستدلال بالاجماع ايضا على جواز التراخي من غير قيد الغائب الا ان يقال
الاجماع واقع في الغائب خاصة ولم يذكره احد ومن شرطها ان تقع منجزة فلو علقت بشرط
متوقع او وقت متجدد لم يصح من شرط الوكالة وقوعها منجزة عند علمائنا فلو علقها على شرط متوقع وهو ما
يمكن وقوعه وعدمه او صفة وهي ما كان وجودها في المستقبل محققا كطلوع الشمس والنهار واشار بقوله
او وقت متجدد لم يصح واحترز بعلقها على الشرط عما لو قرنها بشرط لا يقتضي التعليق كوكلتك في كذا وشرطت
عليك كذا فلا مانع منه واعلم انه متى فسد العقد بتعليقه على الشرط فهل يصح التصرف بعد حصول
الشرط قرب في التذكرة ذلك محتجا بان الاذن حاصل لم يزل بفساد العقد وصار كما لو شرط
في الوكالة عوضا مجهولا فقال بع كذا على ان لك العشر من ثمنه بعد الوكالة ولكن ان باع يصح وكان المقتضي
للصحة حاصل وهو الاذن اذ الغرض حصول المعلق عليه وانتفاء المانع اذ ليس الا رفع الوكالة وهي
اخص من مطلق الاذن ورفع الخاص لا يستلزم رفع العام فعلى هذا فائدة الفساد سقوط الجعل المسمى في عقد
الوكالة ان كان والرجوع الى اجرة المثل كما في المضاربة الفاسدة حيث حكم فيها بعدم استحقاق الحصة
المشروطة ووجوب العامل اجرة المثل ووجهه ان الوكالة ليست امرا زائدا على الاذن والجعل المشروط
ليس جزءا منها وانما هو شرط زائد عليها لصحتها بدونه بخلاف المضاربة فان اشتراط الحصة شرط في صحتها
ولانه لو تم ذلك لزم الحكم بصحة التصرف مع فسادها بوجه آخر كعزل الوكيل نفسه مع علم الموكل به وسكوته
فان الاذن حاصل منه فلم يرتفع بفسخ الوكيل ولان العقد فاسد قطعا ولا معنى للفاسد الا ما لا يترتب عليه
اثره ولان الاذن المطلق انما وجد في ضمن الوجه المخصص اذ لا وجود للكلي الا في ضمن جزئياته ولم يوجد

فيها الا هذا

فيها الا هذا الجزئي فاذا ارتفع ارتفع الكلي والموقوف في هذا الحكم محال نعم لو نجز الوكالة وشرط تاخير
التصرف جاز كان يقول وكلتك في كذا ولا تتصرف الا بعد شهر مثلا فانه يجوز بلا خلاف نقله في التذكرة والوجه
ان منعه من التصرف في الوقت المعين شرط زائد على اصل الوكالة المنجزة وهي قابلة للشروط السائغة وهذا وان كان
في معنى التعليق الا ان العقود لما كانت متلقاة من الشارع نيطت بهذه الضوابط وبطلت فيما خرج عنها وان افاد
فائدتها ولو وكله في شراء عبد افتقر الى وصفه لينتفي الغرر لما كان العبد المطلق متوغلا في الابهام صادقا
على اصناف مختلفة في الاوصاف والرغبات لم يكن اطلاق الوكيل في شرائه كافيا بل لا بد من وصفه من بعض
الوجوه كقوله عبدا تركيا ونحوه لينتفي الغرر ولا يجب الاستقصاء في الوصف بحيث يرتفع الجهالة عنه اصلا كذا
ذكره المص وجماعة ويشكل بان الغرر يندفع بمراعاة الوكيل المصلحة في شرائه فان الاطلاق محمول شرعا على الماشية
في شراء عبد يكون شراؤه مشتملا على مصلحة للموكل فيتخير الوكيل حيث توجد المصلحة في متعدد ويكون ذلك كالامر حيث
امر المالك بشراء شيء فانه اشد توغلا في الابهام فالجواز مطلقا قوي وان كان اعتبار الوصف احوط ولا فرق
بين كون المقصود من العبد التجارة والقنية لان رعاية المصلحة معتبرة في الموضعين واحتمل الشهيد رحمه الله التفصيل
بحسب الوصف في الثاني دون الاول لان دائرة التجارة اوسع فان الغرض منها الاسترباح وهو يتحقق في ضمن
اي فرد كان ويندفع بان المصلحة معتبرة في كل شيء بحسبه والاعتبار فيها وبه في الموضعين ولو وكله مطلقا
لم يصح على قول والجواز الوجه القول بعدم جوازه مع الاطلاق للشيخ رحمه الله لاشتماله على الغرر ووجه
الجواز يعلم مما سبق فان فعل الوكيل لما كان مقيدا بالمصلحة والجهالة ينتفي بالرجوع الى المعاوف المناسب للموكل اسع
المانع وقد حكم المص بجواز الوكالة مطلقا مع الاطلاق وعدم جوازها في شراء العبد مطلقا بنوع تنافر لان دائرة
المطلق اوسع من العبد المطلق لانه فرد من افراده فكان اولى بالجواز ويشبه ان يسوي القواعد فانه ذكر
الاطلاق بعد مسئلة العبد وانه لا بد من وصفه ليرتفع الغرر الا ان الشراح ذكروا انه يريد بالاطلاق
في الثانية الاطلاق في وكالة العبد المشتري وهو مناسب ايضا لتعليل القول بالبطلان فان الشيخ منع في مسئلة
العبد كذلك فان اريد من العبارة هذا المعنى كان الحكم بتجويزه بعد اعتبار الوصف رجوعا صريحا او يريد
بالاعتبار الاولوية ونحوها ويحتمل هنا ان يريد مطلق الوكالة الشاملة لشراء العبد وغيره اولى وعلى التقديرين
فالاقوى الصحة وهي عقد جائز من طرفيه فللوكيل ان يعزل نفسه مع حضور الموكل وغيبته
انعزال الوكيل بعزل نفسه وجعل الوكالة من ابواب العقود يقتضي ترجيحه ما قربه في التذكرة ثانيا في القبول
الفعلي من انه الرغبة في الفعل والرضا به لا مجرد الفعل والا كان اباحة محضة واذنا خالصا وهو لا يبطل برده
فان من اذن لغيره في بناء او طعام او اخذ شيء من ماله فلم يفعل ذلك لا يبطل الاذن له بل يجوز له التصرف بعد
ذلك لان المسوغ وهو اذن المالك موجود والقبول اذا لم يكن شرطا في الاباحة لم يكن ردها مانعا ولا فرق في بطلان
الوكالة بعزله نفسه من اعلام الموكل وعدمه بخلاف عزل الوكيل له كما سياتي والفارق النص فعلى هذا لو تصرف
بعد عزله نفسه وقبل ان يعلم الموكل بذلك لم يصح تصرفه لابطاله العقد الجائز الذي هو مناط جواز التصرف
ويحتمل توقف انعزاله على علم الموكل فيجوز له التصرف قبل بلوغه عملا بالاذن العام الذي تضمنه الوكالة بل يحتمل ذلك

مع بلوغه ايضاً لاصالة بقاء الاذن ومجرد علمه بالرد لا يدل على بطلانه من قبل الآذن ولو اكتفينا في قبول الوكيل بفعله مقتضا
كيف كان قوى هذا الاحتمال جداً لانها ح تصير مجرد اذن واباحة ويجوز مع ذلك اطلاق العقد عليها من حيث
ان شرطها القبول صح وترتب عليه اثر في الجملة وبهذا الاحتمال يقطع في القواعد مع حمل الوكيل بالرد واستشكل مع
علمه وليس بعيد ويمكن الجمع بين كونها عقداً جائزاً يبطل بالرد وعدم بطلان التصرف بالرد بان يحكم ببطلان الوكالة
الخاصة وما يترتب عليها من الجعل لو كان وبقاء الاذن العام ويمكن بناء هذا الحكم على ما تقدم من ان بطلان
الوكالة هل يقتضي بطلان الاذن العام اولا وقد سبق تحقيقه لان اشتراكهما في بطلان الوكالة هناك بعدم
التنجيز وهنا بعدم القبول الا ان الحكم هنا لا يخلو من رجحان على ذلك من حيث ان الاذن هنا صحيح
جامع للشرائط بخلاف السابق فانه معلق وفي صحته ما قد عرفت ومن ثم جزم في القواعد بقاء صحته
هنا وجعل الصحة هناك احتمالاً وفي التذكرة عكس فاستقرب هناك بقاء الاذن الضمني وجعل بقاءه
هنا احتمالا وفي التحرير والارشاد اطلق القول بالبطلان فيهما كما هنا فقد صار للعلامة في المسألة ثلثة اقوال
وللموكل ان يعزله بشرط ان يعلمه بالعزل ولو لم يعلمه لم ينعزل وقيل ان تعذر اعلامه فاشهد انعزل
بالعزل والاول اظهر ما اختاره المص هو المشهور بين الاصحاب خصوصاً من المتأخرين ومستنده اخبار
عن ائمة الهدى عليهم السلم كصحيحة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلم عن رجل وكل آخر وكالة في امضاء
امر من الامور واشهد له بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لامضاء الامر فقال اشهدوا اني قد عزلت فلاناً
عن الوكالة فقال ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فامره ماض ابداً والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن
الوكالة بثقة او مشافهة بالعزل عن الوكالة ولا يستلزم انعزاله قبل العلم ضرراً عظيماً كما اذا وكله في بيع
جارية فوطأها المشتري قبله او طعام فياكله ونحو ذلك وفي رواية العلا بن سيابة عنه عليه السلم نحو ذلك
وفيها انه لا عبرة بالشهادة على العزل من دون ان يعلم به الوكيل قبل الفعل والقول بالاكتفاء في انعزاله
بالاشهاد للشيخ وجماعة من الاصحاب واختار في القواعد انعزاله بالعزل مطلقا نظراً الى انه عقد جائز ومن
حقه ان ينفسخ بالفسخ على جميع الاحوال والاكان على بعضها لازماً ولا اخبار الذي بعضها صحيح حجة عليهما
ومقتضى قول المص هنا ومن وافقه على قوله كالعلامة في سائر كتبه حيث قيدوا الانعزال بعلمه
عدم الاكتفاء ببلوغه بما لا يفيد العلم وان كان بعدل بل وان كان بعدلين بانهما لا يفيدان ظناً
يجوز العمل عليه شرعا ولكن لا يستند الى العلم لان مناطه من جهة الاخبار التواتر او الخبر المحفوف
بالقرائن اذا قلنا بافادته العلم وهو منتف فيهما فلا ينعزل على ظاهر مقتضى كلامهم الا بمشافهته به
او بلوغه الخبر من يفيد قوله التواتر والظاهر انهم لا يريدون هذا المعنى قطعا بما قد علم من مستند
الحكم خصوصا اخبار الشاهدين فانها حجة شرعية بما هو اقوى من ذلك والاولى انعزاله بما دل
عليه الخبر الصحيح من اخبار الثقة وان كان واحدا ولا عبرة باخبار غير العدل وان تعدد ما لم يتم العلم
ولو تصرف الوكيل قبل الاعلام مضى تصرفه الى قوله ومع الاشتباه موقعه هذا من فروع
عدم انعزاله بعزله من دون الاعلام والحكم ح ظاهر وكان الانسب عطفه عليه بالفاء ليفيد

النزع

النزيع الاان التبع المعرع كنسخة شيخنا الشهيد رحمه الله التي قابلها بنسخه معظمه بالواو
ويبطل الوكالة بالموت اي بموت كل من الوكيل والموكل اما موت الوكيل فظاهر واما موت الموكل فيبطل به وكالة
الوكيل ويكون تصرفه بعد الموت باطلا وان لم يعلم بموته لان ذلك هو الاصل وانما خرجت مسئلة العزل
بالنص ولا يبطل الامانة ببطلان الوكالة هنا فلو تلفت العين الموكل بها في يده بغير تفريط لم يضمن وكذا لو كان
وكيلا في شيء فتلف بعد موت الموكل قبل العلم به وتلف في يده بغير تفريط لكن يجب عليه المبادرة الى ايصال
العين الى الوارث فان اخر ضمن كالوديعة والجنون والاغماء من كل منهما هذا موضع وفاق ولانه
من احكام العقود الجائزة ولا فرق عندنا بين طول زمان الاغماء وقصره ولا بين الجنون المطبق والادوار
وكذا لا فرق بين ان يعلم الموكل بعروض المبطل وعدمه ويحكم على احتمال جواز تصرفه مع رده ومع بطلان الوكالة
بعلمها على شرط جواز تصرفه هنا بعد زوال المانع بالاذن العام ويبطل وكالة الوكيل بالحجر على
الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه لانه اذا امتنع من مباشرته فمن الوكيل بعده اولى ويسلب الحجر للسفه
والفلس اهلية التصرف المالي مطلقا وفي حكم الحجر طرو الرق على الموكل بان كان حربيا فاسترق
ولو كان هو الوكيل صار بمنزلة توكيل عبد الغير وسيأتي الكلام فيه ولا يبطل الوكالة بالنوم وان تطاول
لبقاء اهلية التصرف ومن ثم لا يثبت عليه به ولاية ومثله السكر الا ان يشترط في الوكيل العدالة
كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف العام ووكيل الوكيل مطلقا فيبطل وكالته بالسكر الاختياري وكذا لو فعله
الموكل الذي يشترط عدالته وقيد في اللمعة النوم المتطاول بان لا يؤدي الى الاغماء وهو حسن الا انه خروج
عن موضع الغرض وتبطل الوكالة بتلف ما تعلقت به الوكالة كموت العبد الموكل في بيعه وموت المراة
الموكل بطلاقها فيها المراد بمتعلق الوكالة ما دل عليها لفظها مطابقة او تضمنا فالاول كما ذكره المص من موت
العبد الموكل في بيعه والمراة الموكل في طلاقها والثاني كتلف الدينار الموكل في الشراء به فانه متعلق الوكالة ح
وكونه بالدينار المعين فاذا تلف الدينار بطلت الوكالة لفوات متعلقها في الموضعين ولا فرق بين ان ينص
على الشراء بعينه ويطلق بان يقول اشتر به لاقتضائه دفعه ثمنا فلا يتناول بدله لو كان تلفه موجبا
لضمانه وفي حكم التلف انتقاله عن ملكه كما لو اعتق العبد الموكل في بيعه او باع الموكل في عتقه او نقل
الدينار عن ملكه وان كان باقراضه للوكيل واقباضه اياه وكذا لو فعل الوكيل ما تعلقت به الوكالة
كما لو وكله في بيع عبد ثم باعه وبطلان الوكالة ظاهر لامتناع تحصيل الحاصل وفي حكم فعل الوكيل ما ينافي
الوكالة وفي كون وطء الزوجة الموكل في طلاقها والسرية الموكل في بيعها منافيا وجهان من دلالة الوطء
على الرغبة ظاهرا ولهذا دل فعله على الرجوع في المطلقة رجعية فرفعه للوكالة اولى ومن ثبوت الوكالة
ومنافاة الوطء لها غير معلوم وثبوت الفرق بين الطلاق والوكالة فان الطلاق يقتضي قطع علاقة النكاح

منافيه الوطء بخلاف التوكيل فانه لا ينافي استمتاع الموكل بالملك الذي من جملته الوطء بوجه ثم هل يقتضي الوكالة منافية
والاولوية ممنوعة وهذا اقوى واولى بعدم البطلان بفعل المقدمات   وفي القواعد فرق بين الزوجة والسرية فقطع
في الزوجة بالبطلان وفي السرية بخلافه والفرق ضعيف وفي التذكرة توقف في حكم الوطء والمقدمات معًا
والعبارة عن العزل ان يقول عزلتك ونحو هذا بالنسبة للعزل القولي اما الفعلي فيحصل بعدم ما دل عليه ولو نهاه
عن فعل ما وكله فيه فهو عزل قولي ايضا وهو داخل فيما جرى مجراه   والاطلاق في الوكالة يقتضي البيع بثمن
المثل من نقد البلد   يستثنى من ثمن المثل النقصان عنه بالشيء اليسير الذي يتسامح الناس بمثله ولا يتغابنون
به كدرهم ودرهمين في الف ونحو يقيد جواز البيع به بعدم وجود باذل بازيد منه والا لم يجز الاقتصار عليه
حتى لو باع بخيار لنفسه فوجد في مدة الخيار باذل زيادة وجب عليه الفسخ ان كانت وكالته فيما وله لذلك
وليس كذلك لو عين له قدرا فوجد باذلا لازيد مع احتماله واما نقد البلد فان اتحد حمل عليه المعهود عند
الاطلاق وان اختلف باع بالاغلب فان تساوت في المعاملة باع بما هو انفع للموكل وان استوت
نفعا ومعاملة تخير   وان يبتاع الصحيح دون المعيب   لا خلاف عندنا في ان اطلاق الوكالة بالشراء
يقتضي شراء الصحيح دون المعيب لانه المعهود عرفا خصوصا فيما يشترى للقنية وبهذا فارقت الوكالة للقراض
فاذا خالف الوكيل فاشترى المعيب عالما كان فضوليا وان كان جاهلا وقع عن الموكل لانه مكلف بالظاهر
والوقوف على الباطن قد يعجز عنه بخلاف ما لو اشترى باقل من ثمن المثل فانه لا يقع عن الموكل وان كان جاهلا لان
نقصان القيمة امر ظاهر مستند الى تقصير في تحرير القيمة بخلاف العيب كذا فرقوه ويشكل الحكم فيهما على الاطلاق
فان من العيب ما هو اظهر من الغبن كالعور والعرج ومن الغبن ما هو اخفى على كثير من اهل الخبرة من العيوب كما في
الجواهر ونحوها والذي يقتضيه الفرق ويوافقه النظر ان العيب والغبن معا ان كان مما يخفى غالبا وقع الشراء
عن الموكل مع الجهل بهما والا وقف على الاجازة فينبغي تامل ذلك   ولو باع الوكيل بثمن فانكر المالك
الاذن في ذلك القدر كان القول قوله مع يمينه ثم يستعاد العين ان كانت باقية ومثلها او قيمتها
ان كانت تالفة   وقيل يلزم الدلال اتمام ما حلف عليه المالك وهو بعيد   هذا الاختلاف صدق
راجع الى صفة الوكالة وكما يقبل قول الموكل في اصلها فكذا في صفتها لانه فعله وهو اعرف بحاله ومعا
الصادرة عنه والاصالة عدم صدور التوكيل على الوجه الذي يدعيه الوكيل ونبه بقوله ولو باع الوكيل
على ان فائدة هذا الاختلاف انما هو مع وقوع التصرف لان الوكالة مثله تندفع بمجرد الانكار لا يقال ان
دعوى الموكل حينئذ يستلزم جعل الوكيل خائنا لتصرفه على غير الوجه المأمور به فيكون القول قوله لانه
امين والاصل عدم الخيانة كما سيأتي لانا نقول ذلك انما يتم لو كان تصرفه بالوكالة والخيانة في بعض
متعلقاتها كما لو ادعى الموكل عليه بعد تلف الثمن الذي باع به مقتضى الوكالة تاخر قبضه عن تقبيض

المبيع

المبيع او التعدي فيه بوجه وهنا ليس كذلك لان اختلافهما في صفة التوكيل يؤول الى الاختلاف في اصله لان
الموكل منكر لاصل الوكالة على الوجه الذي يدعيه الوكيل وبالجملة فالوجه الذي يقتضي القبول في اصلها يقتضيه في صفتها
والقول الذي نقله المص ضعيف ولا سند له   فان تصادق الوكيل والمشتري على الثمن ودفع الوكيل
الى المشتري السلعة فتلفت في يده كان للموكل الرجوع على ايهما شاء بقيمته لكن ان رجع الموكل على المشتري لا يرجع
المشتري على الوكيل لتصديقه له في الاذن وان رجع على الوكيل رجع الوكيل على المشتري باقل الامرين من ثمنه وما اغترمه
اذا حلف الموكل نفي ما ادعاه الوكيل بطل البيع بالنسبة الى الوكيل واما المشتري فان صادقه على الوكالة ثبت في حقه
كذلك والا فلا بل يلزمه اليمين على نفي العلم ان ادعى عليه فان نكل ردت على الموكل وتوقف ثبوت البطلان بالنسبة
اليه على يمين اخرى ثم اما ان تكون العين باقية او تالفة فان كانت باقية وثبت قول الموكل بالنسبة
الى المشتري استرجعها ورجع المشتري بالثمن ان كان دفعه ولم يصدق الوكيل في دعواه والا رجع
باقل الامرين من الثمن وقيمة البيع لان الثمن ان كان اقل فليس في يد الوكيل من مال الموكل الذي هو ظالم للمشتري
بزعمه سواه فياخذه قصاصا وان كان اكثر لم يرجع بالزائد من القيمة لانه المظلوم فيها بزعمه ويبقى الزائد في
يد الوكيل مجهول المالك وان كانت تالفة فحكمه ما ذكره المص من تخير الموكل في الرجوع على ايهما شاء اما المشتري
فلتلف المال في يده واما الوكيل فلعدوانه ظاهرا فان رجع على المشتري بالقيمة وكان مصدقا للوكيل فيما ادعاه
لم يرجع المشتري على الوكيل لتصديقه له في صحة البيع وزعمه ان الموكل ظالم في رجوعه عليه فلا يرجع على غير
ظالمه هذا اذا لم يكن قد قبض الوكيل الثمن منه والا لم يتوجه عدم الرجوع عليه لان الوكيل لا يستحق الثمن
والموكل لا يدعيه لعدم تعيينه ثمنا له وقد اغرم المشتري عوض المال فيرجع على الوكيل بما دفعه اليه لكن ان
كان بقدر القيمة او اقل فالرجوع به ظاهر والا رجع بقدر ما غرم ويبقى الباقي في يد الوكيل مجهول المالك
وان لم يكن المشتري مصدقا على الوكالة رجع على الوكيل بما غرمه اجمع لغروره ولو كان الثمن ازيد وقد دفعه
الى الوكيل رجع به لفساد البيع ظاهرا وان رجع على الوكيل رجع الوكيل على المشتري باقل من ثمنه وما
اغترمه لان الثمن ان كان اقل فهو يزعم ان الموكل لا يستحق سواه وانه ظالم باخذ الزائد من القيمة فلا يرجع
به على المشتري وان كانت القيمة اقل فلم يغرم سواها لكن يبقى الزائد مجهول المالك ظاهرا لان المالك لا
يستحقه بزعمه ويوافقه الظاهر له والوكيل قد خرج عن الوكالة بانكار الموكل فليس له قبضه فيرفعه
الحاكم ويتوصل الى تحصيل مالكه واعلم ان مقتضى السياق كون الوكيل لم يقبض الثمن بعد وان كان اول
الكلام اعم ويتجه ان يرجع كل واحد من الوكيل والمشتري على الاخر باقل الامرين مع تصادقهما ويبقى الزائد مجهول
ولو فرض الفسخ كانت الزيادة في يد الوكيل ايضا مجهولة ان اتفقت   واطلاق الوكالة في البيع يقتضي تسليم
المبيع لانه من واجباته وكذا اطلاق الوكالة في الشراء يقتضي الاذن في تسليم الثمن لكن لا يقتضي الاذن

في بيع مقبض الثمن لانه مأمور على القبض   انما كان من واجباته لان البيع يقتضي ازالة ملك البائع عن المبيع ودخوله
في ملك المشتري فيجب على مدخل الملك التسليم لانه من حقوقه لكنه لا يسلمه حتى يقبض الثمن هو او من يكون له
قبضه رعاية لمصلحة الموكل او يتقابضا معا فلو سلم المبيع قبله فتعذر اخذه من المشتري ضمن لتضييعه اياه
بالتسليم قبله ووجه الثاني يستفاد مما ذكر وقبض المبيع فيه كقبض الثمن فلا يقتضي التوكيل في الشراء
تسليم الوكيل المبيع لانه قد يأتمن على الشراء من لا يأتمن على المبيع نعم لو دلت القرائن على الاذن فيهما
كما لو وكل في شراء عين من مكان بعيد يخاف مع عدم قبض الوكيل لها ذهابها جاز قبضه بل وجب كما انه
لو امره بالبيع في موضع تضييع الثمن بترك قبضه كسوق غائب عن الموكل او البيع على معامل على الموكل بحيث
تدل القرينة على انه لم يأمره بقبضه الا رجاء قبضه جاز القبض كما مر فلو اخل الوكيل بالقبض فتعذر الوصول
الى الثمن ضمنه لتضييعه له   وللوكيل ان يرد بالعيب لانه من مصلحة العقد مع حضور الموكل
وغيبته لان الموكل قد اقامه مقام نفسه في هذا العقد والرد بالعيب من لوازمه ولان الوكيل المأمور
الا على الشراء الصحيح فاذا ظهر العيب كان له الرد وشراء الصحيح ويشكل الاول بانه انما اقامه مقام
نفسه في العقد لا في اللوازم اذ من جملتها القبض والاقالة وغيرهما وليس له مباشرتهما اجماعا والثاني
بان مقتضاه توقف العقد على الاجازة كما مر لا ثبوت الرد وعلله في التذكرة بانه انما يلزمه شراء الصحيح
في الظاهر وليس مكلفا بالسلامة في الباطن لان ذلك لا يمكنه الوقوف عليه فلا يجوز تكليفه به ويعجز
عن التحرز عن شراء معيب لا يظهر عيبه فيقع الشراء للموكل وهذا التعليل لا دلالة له على جواز الرد ايضا
لانه مغاير للشراء والتوكيل انما اقتضى الشراء لا الرد ويمكن استفادة جواز الرد من القرائن الخارجية
لا من نفس الصيغة وربما فرق بين ما لو اطلق الموكل كما لو قال اشتر لي عبدا هنديا وبين ما لو عينه كهذا العبد
فيجوز للوكيل الرد بالعيب في الاول لما مر دون الثاني لانه بتعيينه له قد قطع نظر الوكيل واجتهاده
والاجود عدم جواز الرد مطلقا وفاقا للتذكرة لان الوكالة في الشراء انما اقتضت ادخال
المبيع في ملكه والرد يقابله ويضاده فلا يدخل فيها   ولو منعه الموكل لم يكن مخالفته لا شبهة
في بطلان رده بالنهي المذكور لانه ابطال للوكالة فيما تضمنته وعزله له فيه واذا جاز عزله عن الوكالة
من بعض متعلقاتها اولى وفي حكمه اظهاره الرضا بالعيب ولانه في معنى النهي عن الرد واراد بذلك
الفرق بين الوكيل وعامل المضاربة حيث انه قد سلف ان ليس للمالك منعه من الرد بالعيب وان رضي
به مع كون العامل في معنى الوكيل والفارق انحصار الحق هنا في الموكل واشتراكه في العامل
فضابطه ما تعلق قصد الشارع بايقاعه من المكلف مباشرة الخ   المرجع في غرض الشارع
في ذلك الى النقل اذ ليس لما ذكره كلية لا تنخرم وان كانت بحسب التتبع منحصرة فيما ذكر اما
العبادات فالمقصود منها فعل المكلف ما امر به وانقياده وتذلله وذلك لا يحصل الا بالمباشرة ولا يفترق

الامر في ذلك

الامر في ذلك بين حالتي القدرة والعجز غالبا فان العاجز عن الصلوة الواجبة ليس له الاستنابة فيها بل يوقعها بنفسه
على الحالات المقررة وقريب منها الصوم وقد يختلف الحكم في مواضع وقد اشار المصنف الى بعضها منها غسل اعضاء
الطهارة ومسحها اذا عجز عنها المكلف فانه يجوز له الاستنابة فيه سواء في ذلك المائية والترابية ويتولى هو النية
اذ لا عجز عنها مع بقاء التكليف وليس هذا توكيلا حقيقيا ومن ثم يتولى من لا يصح توكيله كالمجنون واما تطهير
الثوب والبدن وغيرهما مما يجب تطهيره فانه يجوز الاستنابة فيه لكن لا يمكن جعل هذا النوع عبادة كذلك لكن
اخراجه اذ النية ليست شرطا في صحته فان الغرض منه هجران النجاسة وزوالها كيف اتفق وان توقف
حصول الثواب على فعله والتحاقه بالعبادة على النية   ومنها الصلوة الواجبة وذلك في ركعتي الطواف حيث
يجوز استنابة الحي في الحج الواجب والمندوبة كصلوة الزيارة والطواف المندوب حيث يناب فيه واما غيرهما من
النوافل ومطلق الصوم المندوب ففي جواز التوكيل فيه نظر واطلاق جماعة من الاصحاب المنع من الاستنابة
في العبادات يشملهما وان بعد الاطلاق في غيرهما والاعتكاف كالصوم لاشتراطه به   ومنها اداء الزكوة
فان الاستنابة فيه جائزة بغير اشكال   ومنها عتق العبد عن كفارة وجبت عليه باذنه او مطلقا
على تفصيل يأتي ان شاء الله   ومنها الحج المندوب مطلقا والواجب عند العجز عنه على ما تقدم تفصيله
ومنها تولية الامام غيره في القضاء وكذا تولية منصوبه الخاص لغيره مع الاذن له في ذلك وتسمية هذا
النوع وكالة مجاز واستثناؤه من هذا الباب لكونه عبادة بل من اكمل العبادات وما تقدم في الطهارة
هنا وانما قيدنا تولية القضاء بالامام او نائبه الخاص لعدم امكان تولية منصوبه العام وهو الفقيه في زمان
الغيبة لغيره فيه لان غيره ان كان جامعا لشرائط الفتوى كان مساويا للاول في كونه نائبا للامام فيه
ايضا والا لم يتصور كونه قاضيا لما اتفق عليه الاصحاب من اشتراط جمع القاضي لشرائط الفتوى نعم
يمكن الاستنابة في الحلف بعد توجه اليمين عنده   والقسم بين الزوجات لانه يتضمن استمتاعا هو
بفتح القاف مصدر قولك قسمت الشيء ولا فرق فيه بين توكيل محرم الزوجة وغيره وان كان
يكتفي فيه بمجرد الاقامة عندهن لما نبه عليه بقوله لانه يتضمن استمتاعا اي تلذذا واستمتاعا
بالزوجة ولا يتم بدون الزوج   .   والالتقاط والاحتطاب والاحتشاش بناء على كونه
يملك بمجرد الحيازة فلا يتصور فيه الاستنابة على وجه يفيد ملكية الموكل وقد تقدم ان الاقوى جواز
التوكيل فيه وملك الموكل مع نية الوكيل الملك للموكل   الا على وجه الشهادة على الشهادة
الاولى كون الاستثناء منقطعا لان الشهادة على الشهادة ليست بطريق الوكالة بل هي شهادة
بكون فلان شاهدا نعم فيها مشابهة للوكالة من حيث الصورة بسبب اسناد الحوار
الى قول الشاهد الاصلي وبسبب هذه الملاحظة يمكن كون الاستثناء متصلا بجعلها من
افرادها مجازا   وفي استيفاء الحدود مطلقا اي سواء كانت حدود الآدميين كحد
السرقة والقذف ام حدود الله تعالى كحد الزنا والمراد استيفاؤها بعد ثبوتها عند الحاكم بمعنى مباشرتها

او تحصيلها ولا فرق فى ذلك بين حضور المستحق وغيبته وثبته بقوله مطلقا على خلاف بعض العامة المانع من التوكيل
فى استيفاء حدود الآدمى فى غيبة المستحق لانه لا يستقر بقاء الاستحقاق لجواز العفو ولانه ربما رق قلبه
عليه فعفى وضعفه بان الاصل البقاء والاثر لاحتمال الدفع حضوره فلا ينهض مانعا لان الغرض استيفاء الله
اذن ومطالبته به بابيه وفى ثبوت حدود الآدمى اما حدود الله سبحانه فلا هكذا اطلق المص
والعلامة فى التذكرة ووجه المنع فى حدود الله انها مبنية على التخفيف ولامره صلى الله عليه وآله بدرئها
بالشبهات والتوكيل توصل الى اثباتها والاقوى جوازه لان جواز الاستنابة فى الاحكام على العموم يدخل العموم
مع المخصص اولى وقد روى ان النبى صلى الله عليه وآله وكل فى اثبات الحدود واستيفائه جميعا وقال
فان اعترفت فارجمها وهذا يدل على انه لم يكن قد ثبت والامر بدرئها بالشبهات لا ينافى جواز التوكيل
لان الوكيل ان يدرأها بالشبهة ولو وكل على كل قليل وكثير قيل لا يصح لا يتطرق من الضرر وقيل يجوز ويندفع
الحال باعتبار المصلحة وهو بعيد عن موضع الغرض بعم لو وكله على ما يملك صح لانه يناط بالمصلحة المولى
للشيخ رحمه الله والجواز مذهب الاكثر لاشتمال الغرر واندفاع الضرر برعاية المصلحة فى فعل الوكيل مطلقا
والمص رحمه الله رد هذا القيد بانه بعيد عن موضع الغرض فان الغرض كونه وكيلا فى كل شئ فيدخل فيه عتق عبده
وطلاق نسائه وهبة املاكه ويجوز لك مما يوجب الضرر والقيد خروج عن الكلية وجوابه ان القيد
معتبر وان لم يصرح به هذا العموم حتى لو خصص بفرد واحد يقيد بالمصلحة فكيف بمثل هذا العام المنتشر
وفرق المص بين هذا العام وبين ما لو خصصه بوجه كقوله وكلتك على ما املك ونحوه لاندفاع معظم
الغرر بالنظر الى ان رعاية المصلحة فى الامور المنتشرة امر خفى جدا فاذا خصص بعضها سهلت وهو غير
واضح لان رعاية المصلحة تضبط الامرين وانتشار الامور يمنع من ذلك فان مرجع المصلحة الى
نظر الوكيل فما علم فيه المصلحة يفعله وما اشتبه يمنع فعله ولانه لو فصل ذلك العام المنتشر
فقال وكلتك فى عتق عبدى وطلاق زوجاتى وبيع املاكى صح لان كل واحد منها منضبط برعاية
المصلحة على ما اعتبر فوايده وذلك مشترك بين الامرين والاقوى الجواز مطلقا ولو بلغ عشرا جاز
له التوكيل فيما له التصرف فيه لم بناء على جواز تصرفه فى هذه الاشياء مباشرة فجازت الاستنابة
والاقوى المنع منهما وليس للعبد القن ان يوكل الا باذن مولاه القن ان قلنا انه يملك فلا يجوز
توكيله فيما يملكه الا باذن مولاه لثبوت الحجر عليه وان احلنا ملكه فتوكيله انما يكون فى حق مولاه فان
لم يكن ماذونا لم يصح توكيله مطلقا اذ ليس له التصرف مباشرة فلا يجوز وكالته نعم يجوز له التوكيل فيما يملك
مباشرته بدون اذنه كالطلاق وان كان ماذونا جاز له التوكيل فيما جرت العادة بالتوكيل فيه
خاصة وسيأتى لو وكله انسان فى شراء نفسه من مولاه صح المراد انه وكله باذن مولاه لما سيأتى
من توقف وكالته على اذنه وخص هذه الصورة لدفع احتمال البطلان هنا من حيث ان الشراء يستدعى
مغايرة المشترى للبيع ويندفع بان المغايرة الاعتبارية كافية ويمكن ان يكون مبنيا على جواز توكيله

مغراذن

بغير اذن مولاه اذا لم يمنع شيئا من حقوقه على ما سيأتى تحقيقه والامر هنا كذلك اذ لا منع من حقوق المولى حيث اتحد عصره
وكلامه معه وليس للوكيل ان يوكل الا باذن من الموكل لان الوكيل لا يملك المباشرة لنفسه ولا ولاية له وانما هو نائب
مقتصر على ما دل عليه اللفظ فان اذن له فى التوكيل صريحا فلا اشكال وكذا لو دل اللفظ باطلاقه او عمومه على ذلك
كاصنع ما شئت او مفوضا او نحوه ولو لم ياذن له صريحا ولا ضمنا ولكن دلت القرائن على الاذن كالو وكله فيما
لا يباشر مثله لترفعه عنه او عجزه عنه او عن بعضه لا تساعه كالزراعة فى اماكن متعددة لا يقوم جميعها
الا بمساعد فالاجود جوازه لكن يجب تقييده بعلم الموكل بترفعه وعجزه ولو لم يعلم بهما لم يجز له التوكيل لانتفاء
القرينة من جانب الموكل التى هى مناط الاذن ويقتصر فى التوكيل فى الاخير على ما يعجز عنه لان توكيله خلاف
الاصل فيقتصر فيه على موضع الحاجة وحيث اذن له فى التوكيل فان صرح بكونه وكيلا عن الوكيل لحقه
احكام الموكل وان صرح بكونه وكيلا عن الموكل او اطلق كان وكيلا آخر عنه وسيأتى تفصيله
ولا يوكل المحرم فى عقد النكاح ولا ابتياع الصيد ونحوه هذا الحكم صالح لدخوله فى باب الموكل والوكيل فانه
كما لا يجوز للمحرم ان يوكل فى العقد كذا لا يصح له التوكيل فيه والمحرم عليهما من ذلك ايقاع العقد فى حال
الاحرام والتوكيل فيه كذلك اما لو حصلت الوكالة فى حالة ليوقع فى حال الاحلال فظاهر العبارة
منعه ايضا والاولى الجواز وهل التحريم مشروط بكون العقد للوكيل كما هو ظاهر الكلام والنص ام هو اعم
من ذلك حتى يحرم على الاب والجد وشبههما التوكيل حال الاحرام فى ايقاع عقد المولى عليه وكذا الوكيل
الذى يسوغ له التوكيل كل محتمل وطريق الاحتياط واضح وفى حكم التوكيل فى ابتياع الصيد التوكيل فى شرائه
وبيعه لا اثبات المحرم يده على الصيد وفى حكم المحرم المعتكف فى عقد البيع حيث لا يجوز له ذلك
ويصح له الوكالة فى الطلاق عن الغائب اجماعا وللحاضر على الاظهر هذا هو المشهور بل ادعى
عليه ابن ادريس الاجماع لان الطلاق قابل للنيابة والا لما صح توكيل الغائب ولعموم صحيحة سعيد
الاعرج عن الصادق عليه السلم فى رجل جعل امر امرأته الى رجل يطلقها ايجوز ذلك وقال نعم من غير استفصال
وهو يفيد العموم ومنع منه الشيخ وجماعة جمعا بين ما تقدم وبين اطلاق رواية زرارة عنه
عليه السلم لا يجوز الوكالة فى الطلاق وحملها على الحاضر وهى مع ضعفها قاصرة عن الدلالة ولو قال
الموكل اصنع ما شئت كان دالة على الاذن فى التوكيل لانه تسليط على ما يتعلق به المشيئة بتقرير
الاستدلال على جواز توكيل الوكيل بذلك انما من صيغ العموم وقد اذن له فى ان يفعل كل ما شاء فاذا
شاء ان يوكل يفعل يدخل فى عموم الاذن وهو جيد فى موضعه وخالف فى ذلك العلامة فى التذكرة
محتجا بانه انما يستلزم التعميم فيما يفعل بنفسه فلا يشاور الوكيل وجوابه يعلم من التقرير
فان العموم يتناول فعله بنفسه وبنائبه حيث يشاء النيابة وفى الحقيقة مدلول العام كمدلول
الخاص فى الحجة واذا حملنا فى القوة والضعف فهذا اذن له فى التوكيل من حيث العموم فيدخل

اسماع

لاسماع صح

ثم ما تقدم الا انه اعاده للتنبيه على انه موضع شبهة كما ذكره العلامه ويستحب ان يكون تام البصيره فيما وكل
فيه عارفا باللغه التي يحاور بها اي يكون له بصيره تامه ومعرفة باللغة التي يتعلق بعين ما وكل فيه ليكون
ملما بعين مراد الوكيل وقال ابن البراج ان ذلك واجب وهو ظاهر ابي الصلاح وهو ضعيف ويستحب للحاكم ان
يوكل عن السفهاء من يتولى الحكومه عنهم وكذا يوكل من يباشر عنهم جميع ما يقتضيه الحال من التصرف الذي يمنعون منه
وكذا غير السفهاء ممن للحاكم عليه ولايه كالصبيان والمجانين وكذا الحكم في الوصي الا ان ينص له الموصي على عدم التوكيل
ويكره لذوي المروات ان يتولوا المنازعه بنفوسهم المراد بهم اهل الشرف والمناصب الجليلة
الذين لا يليق بهم الامتهان وروي ان عليا عليه السلام وكل عقيلا في خصومة وقال ان للخصومة قحما
وان الشيطان ليحضرها واني لاكره ان احضرها قال في الصحاح القحمه بالضم المهلكة وللخصومة قحم اي انها
تقحم بصاحبها على ما لا يريده ولو ارتد المسلم بطل وكالته لانه لا يتاد لا يمنع الوكالة ابتداء فكذا استدامه المراد
بعدم بطلانها من حيث الارتداد كما يدل عليه تعليله وذلك لا ينافي بطلانها من جهة اخرى لكونه وكيلا على مسلم
فانه يحكم الكافر في هذه الجهه على الظاهر ولا فرق بين المرتد عن فطرة وغيره كما يقتضيه اطلاقهم واراد بذلك
دفع توهم بطلان وكالته لحكمهم ببطلان تصرفاته ووجه خروج الوكالة ان تصرفه الممنوع منه ما
كان لنفسه ووكالته لغيره ليست منه وكل ما له ان يليه بنفسه ويصح النيابه فيه صح
ان يكون فيه وكيلا الخ هذا ضابط ما يجوز الوكالة فيه يعني انه يكون وكيلا واحترز بقوله ويصح النيابه
فيه عما يصح ان يليه بنفسه من العبادات وما وافقها من الاحكام التي لا يصح النيابه فيها مع ان للانسان
ان يليها بنفسه ودخل فيه المحجور عليه لسفه وفلس بانهما يليان لا نفسهما بعض الاعمال ويصح وكالتهما فيها
بل في غيرها ايضا وخرج توكيل المحرم في حفظ الصيد وشرائه اذ ليس له ان يليه لنفسه كما مر
ويجوز ان يوكل المراة في طلاق غيرها وهل يصح في طلاق نفسها فيه اشكال وفيه تردد اما وكالتها في طلاق
غيرها سواء كانت زوجة لزوجها او لا حتى فلا اشكال فيه لان الطلاق يقبل النيابه في الجمله واما
طلاق نفسها فمنع منه الشيخ رحمه الله وابن ادريس لاشتراط المغايرة بين الوكيل والمطلقه وهو
ضعيف لانه يكفي فيه المغايره الاعتباريه ويصح وكالتها في عقد النكاح لان عبارتها
فيه معتبره عندنا نبه بذلك على خلاف الشافعي فانه منع من توكيلها فيه ايجابا وقبولا كالمحرم وليس
بشيء ويجوز وكالة العبد اذا اذن مولاه لان عبارته معتبرة والمانع كون منافعه مملوكه لمولاه فمع اذنه
يزول المانع ومقتضى اطلاق توقف وكيله على اذن المولى في كلام المصنف وغيره عدم الفرق بين ان يمنع ما وكل فيه
شيئا من حقوق سيده المطلوبه منه وعدمه كما لو وكله في ايجاب عقد او قبوله في حال خلوه من امر السيد
بشيء او في حال اشتغاله بامره او مقدماته بحيث لا منافاة ويدل على حكم الاطلاق كون منافعه
باجمعها ملكا للسيد فلا فرق بين قليلها وكثيرها وذهب العلامه في التذكره الى جواز توكيله بغير اذنه
اذا لم يمنع شيئا من حقوقه وهو متجه لشهادة الحال وانتفاء الضرر واورد عليه ان المنافي

اذا كان هو

ان كان هو ان منافعه بجمعها ملك المولى فلا يجوز الانتفاع بها بدون اذنه ولا يعد بها في نظر الشارع بدونه وان كان
المانع هو منافاة التوكيل لانتفاع المولى وجب ان لا يفرق بين قليل المنافع وكثيرها مع ان يستعمله حيث لا يمنع
انتفاع المولى كان يعزل وهو يريد في حوائج المولى في ذلك باطل والجواب انا نختار الاول والقليل غير المنافي
خارج من العموم مستند الى قرائن الاحوال بل ربما استند بعضها الى الضروره كالاستظلال بحائط الغير والاستناد
اليه والاستضاءة بمصابيحه حيث لا يتجه عليه ضرر وقد تقرر في الاصول ان الاذن في ذلك واشباهه
مستند الى العقل وايضا فان ذلك يستلزم تحريم محادثة عبد الغير ومحاورته بما يستلزم تكلمه فان ذلك من جملة
منافعه التي منع من استيفائها وهو ظاهر البطلان والفرق بين ما حكم بجوازه وبين ما اورده من الاستعمال
ونحوه شواهد الاحوال والقرائن التي تلحق الامور المشتبهة بالمعلوم مثل تكلمه حرج ما طاق الناس عليه
وجريان العاده المطردة به كالشرب من ساقية الغير بغير اذنه فلنا المستند واحد وهو القرائن
المعتبرة بعدم المنع مع ان ايقاعه بصيغه العقد ايجابا او قبولا او هما من جملة الكلام فتخصيص
بعضه دون بعض تحكم ولا يخفى ان تكلمه ايضا مشروط بعدم منافاته لشيء من حقوق السيد
كابطائه عن غرض مطلوب منه ونحوه والاحرام ايضا ويجوز ان يوكله مولاه في اعتاق نفسه
الكلام في توليه اعتاق نفسه كالكلام في توكيله في شراء نفسه من مولاه فانه يحتمل المنع من حيث
ان المعتق مغاير للمعتق والحق الجواز والاكتفاء بالمغايرة الاعتباريه ولا يشترط عداله الولي
ولا الوكيل في عقد النكاح الجار متعلق بالفعل وهو يشترط والولي والوكيل اي لا يشترط عداله الولي وهو
الاب والجد له في النكاح فلهما ان يزوجا وان كانا فاسقين ولهما ان يوكلا غيرهما فيه وكذا الوكيل في عقد
النكاح العداله اذ لا يتضمن ذلك استيمانا على امر خفي كالمال حلا فالبعض الشافعية حيث اشترط العداله
فيهما واما اشتراط عداله الولي في ولايه المال ففيه خلاف من اصحابنا وفي التذكرة قطع بان الفاسق
لا ولاية له حتى لو كان عدلا ففسق انتزع المال منه واستشكل في القواعد في باب الوصايا
ولا يتوكل الذمي على المسلم للذمي ولا للمسلم على القول المشهور وهل يوكل المسلم للذمي على المسلم فيه تردد
والوجه الجواز على كراهية مدار الوكالة بالنسبة الى اسلام الموكل والوكيل والموكل عليه وكفرهم والتفريق
ثمانيه فان الموكل اما مسلم او كافر وعلى التقديرين فالوكيل اما مسلم او كافر فيهما صورتان لا يصح الوكاله
فيهما عندنا وهما ما نسب المص الحكم فيهما الى المشهور وفي التذكرة ادعى الاجماع عليهما وهما وكالة الكافر
على المسلم لكافر او مسلم لاستلزامه السبيل للكافر على المسلم المنفي بالآيه وما في الصور يصح الوكالة فيها
من غير كراهه الا في صورة واحدة وهي وكالة المسلم للكافر على المسلم فان المشهور فيها الكراهة
بل ادعى في التذكره الاجماع عليها والمص تردد فيها ثم حكم بها ويظهر من الشيخ في النهاية عدم الجواز واعلم

ان المصنف والجماعة عبروا عن الكافر بالذمي ولا فرق من حيث الحكم بل اذا ثبت الحكم في الذمي ثبت في غيره بطريق اولى وكذا الكراهة
وصور الجواز مشترك بين غيره وليه ولكن لكن عدلنا الى التعبير بالعام   ويستمر الوكيل من التصرف على ما اذن له فيه وما يشهد
العادة بالاذن فيه فلو امره ببيع السلعة بدينار نسيئة فباعها بدينار نقدا صح وكذا لو باعها بدينار الا ان يكون
هناك غرض صحيح يتعلق بالتاجيل الخ   اما اقتصاره على ما اذن فيه فلا شبهة فيه واما تجاوزه الى ما يشهد العادة
بالاذن فيه فهو جائز مع اطرادها ودلالة القرائن على ما دلت عليه كما لو اذن له في البيع بقدر نسيئة فباع به نقدا
او بازيد بطريق اولى لانه قد زاده خيرا ومثل بيع النسيئة نقدا البيع بازيد مما عين له مع المماثلة في النقد
والنسيئة والشرا بانقص ويجب تقييد ذلك كله بعدم الغرض بما عين والا لم يجز التعدي وان لم يصرح بالنهي
فان الاغراض تختلف والمصالح لا تنضبط ويمكن كون الغرض في البيع نسيئة ان يخاف على الثمن قبل الاجل
او يخاف ذهابه في النفقة مع احتياجه اليه بعده فلا يجوز تعدي امره الا مع القطع بعدم الغرض فان
الغرض هنا النادر راجح يحمل على الغالب ومثله الشرا نسيئة بمثل ما اذن فيه نقدا لامكان ان يتضرر
بقاء الثمن معه او يخاف تلفه قبل الاجل وعدم صعوبته فلا يجوز التعدي وان جهل الحال الا مع تحقق
عدم الغرض واما الثمن المعين فيمكن كون الاقتصار عليه ارادة ارفاق المشتري ان كان معينا
فلا يجوز بيعه بازيد ولو لم يكن معينا جاز البيع بالاكثر مع عدم العلم بالغرض وعدم التصريح
بالنهي عن الزائد لندور الغرض في القرض المذكور واغلبية ارادة الازيد مع امكان ان يريد الارفاق
المطلق او عدم الاشتطاط في البيع او سهولة المعاملة فانه مندوب اليه شرعا وعدم زيادة الربح عن مقدار
معين لغرض شرعي او غير ذلك الا ان هذه الامور نادرة في المطلق فلا يلتفت اليها مع الاشتباه
ولو امره ببيعه في سوق مخصوصة فباع في غيرها بالثمن الذي عين له او مع الاطلاق بثمن المثل صح اذ
الغرض تحصيل الثمن   الكلام هنا على نحو ما سبق فان الغالب ما ذكره المصنف مع امكان تعلق الغرض بالسوق
بسبب جودة النقد او كثرته او حله او صلاح اهله او مودة بين الموكل وبينهم والمصنف اطلق جواز
التعدي ولا بد من تقييده بعدم العلم بالغرض واشترط في التذكرة العلم بعدم الغرض فلا يجوز التخطي
مع الجهل به لان ذلك ليس نادرا ولو علم انتفاء الغرض صح البيع في غيره قطعا لكن لا يجوز نقل المبيع اليه
فلو نقله كان ضامنا وانما الفائدة صحة المعاملة لا غير   اما لو قال بعه من فلان فباعه من غيره
لم يصح ولو نص على الثمن لان الاغراض في الغرما تتفاوت   الغرض في تعيين الاشخاص اكثر
فلا يجوز التخطي مع الاطلاق قطعا سواء علم الغرض او جهل الحال ام علم انتفاء الغرض على ما يظهر من
الاطلاق فيهم لندور الغرض وتوقفا مع الاذن   وكذا لو امره ان يشتري بعين المال فاشترى في الذمة
الخ   اي لا يصح التعدي مطلقا كما مر لاختلاف الاغراض في ذلك غالبا فانه يجوز ان يتعلق الغرض بالعين
لتحليل المال وخلوصه من الشبهة وبعين الثمن فيبطل البيع بتلفه قبل القبض لاحتمال ان لا يريد بذل غيره

او لا تقدر عليه والعكس في شراء الذمة لشبهة في المال او تحريمه ونحو ذلك ويختص الامر باحدهما مع النص عليه لفظا وان
لم يصرح به كاشتر بهذا المال فان الباء تقتضي المقابلة ولو اطلق له الامرين او اتى بعبارة يشملها بان يسلم اليه
الفا ويقال اصرفها في الثمن او قال اشتر كذا بالف ولم يشر الى المعين ونحو ذلك تخير ومتى قيل بعدم صحة
العقد في هذه الصور تخير فالمراد كونه فضوليا يقف على الاجازة   واذا ابتاع الوكيل وقع الشراء عن الموكل ولا يدخل
في ملك الوكيل لانه لو دخل في ملكه لزم ان يعتق عليه ابوه الخ   هذا الموضع وفاق ووجهه مع ذكر ان الوكيل انما
قبل للغير فوجب ان ينتقل الملك الى ذلك الغير دونه عملا بالقصد كما لو اشترى الاب والوصي للمولى عليه وينبه
بذلك على خلاف ابي حنيفة حيث حكم بانه ينتقل اولا الى الوكيل ثم ينتقل الى الموكل محتجا بان حقوق
العقد تتعلق به كما لو اشتراه باكثر من ثمن مثله ولم يذكر الموكل لفظا فانه يدخل في ملكه ولا ينتقل الى الموكل ولان
الخطاب انما جرى معه ويضعف بمنع تعلق الاحكام به في نفس الامر وانما تعلقت به في المثال ظاهرا
لعدم العلم بقصده والخطاب انما وقع معه على سبيل النيابة ويعارض بشرا الاب والوصي فانه وافق فيه
على وقوعه للطفل ابتداء ويلزمه ما ذكره المصنف رحمه الله من لزوم انعتاق اب الوكيل ونحوه ممن يعتق عليه
لو اشتراه للموكل ولم يقل به احد قال العلامة رحمه الله اوردت ذلك على بعض الحنفية فاجاب بانه
في الزمن الاول ينعتق للوكيل وفي الزمن الثاني ينتقل الى الموكل فالزمته بانه لم يرجح الانتقال في الزمن الثاني
الى الموكل دون العتق فلم يجب بشيء والحق انه لو انتقل الى الوكيل كان اللازم ترجيح العتق لانه مبني على التغليب
لا غرامهم وله نظائر كثيرة   ولو وكل مسلم ذميا في ابتياع خمر لم يصح   كما يشترط كون الوكيل قادرا
على ان يلي الفعل لنفسه يشترط كون الموكل كذلك فلا يكفي جواز تصرف احدهما دون الآخر وح فلا يصح توكيل
المسلم الذمي في بيع خمر وابتياعه وان كان الذمي يملك ذلك لنفسه وقد تقدم مثله في توكيل المحرم في شراء
صيد وبيعه   وكل موضع يبطل الشراء للموكل فان كان سماه عند العقد لم يقع عن احدهما وان لم يكن
سماه قضي به على الوكيل في الظاهر   اما عدم وقوعه عن الوكيل فلان العقد تابع للقصد وقد خص
الشرا بالموكل لفظا ونية فلا يقع عنه واما عدم وقوعه عن الموكل فلمخالفته امره فلا يكون ما وكل
فيه واقعا فيكون فضوليا واما مع عدم ذكر الموكل فيقع للوكيل لان الخطاب معه هذا بحسب الظاهر
بمعنى ان البائع ياخذ منه الثمن ويلحقه ما يلحقه من جميع الاحكام لعدم تكلفه بالامور الباطنة
واما الوكيل في نفس الامر مع عدم اجازة الموكل فيجب عليه التخلص بحسب الامكان ويسلمه بعضه ولا بد من
نقد ذلك ايضا بعدم الشراء بعين مال الموكل والا بطل العقد مع عدم اجازته وان لم يذكره لانه يصير
كظهور استحقاق احد العوضين المعينين هذا بالنسبة الى نفس الامر واما بحسب الظاهر فان صدق البائع
على ذلك او قامت به البينة ثبت البطلان ظاهرا وباطنا ووجب عليه رد ما اخذه والا ثبت ظاهرا
ووجب على الوكيل عوض المدفوع للموكل لتعذر تحصيله شرعا لاعترافه بالتوريط بسبب المخالفة وعلى البائع

الحلف على نفي العلم بالحال ان ادعى عليه ذلك والا فلا واعلم ان المراد بتسمية الوكيل للموكل التصريح بعقد الشرا له مع موافقة
النية على ذلك فانه لو ذكره لفظا ولم يقصده باطنا وقع البيع له ظاهرا ووقف على اجازته للمخالفة لكن يكون الشرا للباطن في م
للوكيل ان لم يشتر بعين مال الموكل ولم يكن البائع عرض في تخصيص الموكل فيكون الحكم مبنيا على الظاهر في الموضعين
وكذا لو انكر الموكل الوكالة لكن ان كان الوكيل مبطلا فالملك له ظاهرا وباطنا وان كان محقا كان الشرا للموكل باطنا
هذه المسئلة قد تقدمت في مواضع جزئية كثيرا وهنا اتى بها ايضا بطريق كلي وتفصيل المسئلة ان الوكيل اذا اشترى
ولم تثبت وكالته في ذلك اما لدعوى المخالفة او لانكار اصل الوكالة فلا يخلو اما ان يكون قد اشترى بعين مال الموكل
او بعين الدعوى او في الذمة وعلى الاول اما ان يكون البائع عالما بكون الثمن لمالكه او تقوم البينة بذلك اولا وعلى
التقادير فاما ان يصرح بكون الشرا للموكل او ينوي ذلك خاصة ثم اما ان يكون الوكيل صادقا بحسب الواقع او كاذبا
وحكمها انه متى كان الشرا بالعين فهو فضولي سواء ذكر الموكل ام لا وسواء نوى الشرا للموكل ام لا فان لم يجز المالك
وقد ذكره صريحا او كان له بينة ان العين له او البائع عالما بذلك فان كان الوكيل صادقا فالعقد صحيح باطنا
فاسد ظاهرا فان رجع المالك في العين واخذها من البائع رجع البائع بسلعته وان رجع بالعين على الوكيل لتعذر
اخذها من البائع اخذ الوكيل السلعة قصاصا ويوصل الى رد ما فضل منه عن حقه ان كان هناك فضل وان تلفت
تخير في الرجوع فان رجع على البائع رجع على الوكيل وان رجع على الوكيل لم يرجع على البائع لاعترافه بظلم الموكل
في الرجوع ولو لم يعلم البائع بالحال ولم يحصل الوصفان الاخيران لم يحلف عليه الدفع بل يحلف على نفي العلم ان ادعى
عليه لم يغرم الوكيل وياخذ العين قصاصا كما مر وان كان الوكيل كاذبا بحسب الواقع بطل الشرا بالعين مطلقا
واتى في التفصيل لكن ان كانت العين قد تلفت عند البائع وجب على الوكيل رد المبيع اليه وان كانت باقية
عنده فخلاص الوكيل ان يصالح الموكل عليها بما دفعه من المثل او القيمة ثم يصالح البائع على العين به ان امكن وان
كان الشرا في الذمة وذكر الموكل وقع له باطنا ان كان محقا وبطل ظاهرا فياخذه قصاصا وان لم يذكره لفظا
ولا نية فالشرا للوكيل ظاهرا وباطنا وان كان مبطلا وذكر الموكل بطل البيع مطلقا وان نواه خاصة فالسلعة
للبائع باطنا مستحقا منه بالثمن ان كان باقيا والا دفعها اليه ولا شيء عليه وان لم ينوه وقع الشرا
للوكيل   وطريق التخلص ان يقول الموكل ان كان لي فقد بعته من الوكيل فيصح البيع ولا يكون هذا
تعليقا على الشرط   انما لم يكن ذلك شرطا مع كونه بصيغته لان الشرط المبطل ما اوجب توقف العقد
على امر يمكن حصوله وعدمه وهذا امر واقع يعلم الموكل حاله فلا يضر جعله شرطا وكذا القول في كل شرط
علم وجوده كقول البائع يوم الجمعة مع علمه به ان كان اليوم الجمعة فقد بعتك كذا ومثله قول منكر التزويج
او الوكالة عقيب دعوى الزوجية ان كانت زوجتي فهي طالق ولو امتنع من البيع او الطلاق من غير تعليق
على الشرط صح ايضا ولم يكن اقرارا بالتوكيل وفاقا للتذكرة   وان امتنع الموكل من البيع جاز ان
يستوفي عوض ما اداه الى البائع عن موكله من هذه السلعة ويرد عليه ما يفضل عليه او يرجع بما يفضل
له ويكون ذلك على سبيل المقاصة ومن ثم توقف على امتناع الموكل والمراد بالرجوع بما يفضل له الرجوع

بالزايد

بالزايد عن قيمة المبيع لو كانت اقل من الثمن المدفوع والرجوع ايضا على وجه المقاصة على تقدير ظفره بمال للموكل وامكنه
وضع يده عليه فلا يجوز له التصرف في المبيع من احد الامرين لخروج الملك عنه على كل تقدير لانه ان كان صادقا
في دعوى الوكالة فهو للموكل وان كان كاذبا فهو للبايع ولو رفع امره الى الحاكم امر من احضره الوكيل انه له بيعه
منه برفق وليس له اجباره على ذلك لاستيفاء الملك عنه ظاهرا ولو باعه الحاكم ما اعتمد بعد الامتناع
صح وان لم يعلم الحال لان الوكيل ان كان صادقا فالموكل ممتنع من اعطاء الحق فللحاكم البيع عليه وان كان
كاذبا فالملك له فلعله الصيغة   ولو وكل اثنين فان شرط الاجتماع لم يجز لاحدهما ان ينفرد بشيء
من التصرف وكذا لو اطلق ولو مات احدهما بطلت الوكالة وليس للحاكم ان يضم اليه   لان توكيله اياهما على
هذا الوجه يؤذن بعدم رضاه برأي احدهما وتصرفه منفردا وان كان الاطلاق مؤديا المعنى الاجتماع
فشرطه على الخصوص لمجرد التاكيد والمراد باجتماعهما على العقد صدوره عن رايهما وامرهما معا لا ايقاع
كل منهما الصيغة وان كان ذلك جايزا ايضا فلو وكل احدهما في ايقاع الصيغة او وكلا ثالثا صح ان
امضت وكالتهما جواز التوكيل والا تعين عليهما ايقاع الصيغة مباشرة بايقاعها كل واحد مرة ويمكن ان يكون
هذا من مواضع جواز توكيل الوكيل ولو يكون احدهما يوكل الاخر لدلالة القراين على انه لا يريد مباشرة الصيغة
مرتين غالبا وهذا بخلاف الوصيين على الاجتماع فان توكيل احدهما للاخر وتوكيلهما الثالث جايز والفرق
بين الوصي والوكيل ان الوصي يتصرف بالولاية كالاب بخلاف الوكيل فانه يتصرف بالاذن فيتبع مدلوله
ومنه يتوليه وليس للحاكم ان يضم اليه على الفرق ايضا بين الوصي والوكيل حيث ان موت احد الوصيين على الاجتماع
يجوز للحاكم الضم والفرق انه لا ولاية للحاكم هنا على الموكل بخلاف الوصي لان النظر في حق الميت واليتيم اليه واذا
تعذر احد الوصيين صار الاخر بالنسبة الى التصرف بمنزلة عدم الوصي اذ لم يرض برايه منفردا فيشاركه
الحاكم بنصب شريك   ولو وكل زوجته او عبده ثم طلق الزوجة واعتق العبد لم يبطل الوكالة   اذ لا مدخل
للعبودية والزوجية في صحة الوكالة نعم لو باعه توقف فعله على اذن المشتري كما لو وكل عبد غيره ابتداء
حتى لو رد الوكالة بطلت قال في التذكرة ولو لم يستاذن المشتري نفذ تصرفه وان ترك واجبا
اما لو اذن لعبده في التصرف في ماله ثم اعتقه بطل الاذن لانه ليس على حد الوكالة بل هو اذن تابع للملك
قد عرفت في اول الوكالة ان صيغتها لا تنحصر في لفظ بل تصح بكل ما دل على الاذن في التصرف وح فيشكل
الفرق بين توكيل العبد والاذن له في التصرف حيث لا تبطل الوكالة بعتقه وتبطل الاذن الا ان يستفاد
ذلك من القراين الخارجة الدالة على ان مراده من الاذن ما دام في رقه ومراده من الوكالة كونه ماذونا مطلقا
وح فلا فرق بين كون الاذن بصيغة الوكالة وغيرها مع احتمال الفرق من وضع الاذن المجرد لا مع
التوكيل بلفظها حملا لكل معنى على لفظه ويضعف بما مر فان الوكالة ليست امرا مغايرا للاذن بل
تتادى بكل ما دل عليه فلا فرق بين الصيغتين واحتمل في القواعد بطلانها مع البيع دون العتق لانتقاله

الى الثانية اقل للوكالة على وجه اقوى من الحالة الاولى بخلاف البيع لاستقلال منافعه لشخص آخر فيمتنع بقاؤها من دون
اذنه ويضعف بانه لا يقصر عن توكيل عبد الغير فانها لا تبطل ببيعه وان كان للثاني فسخها فكذا هنا نعم
لو صرح المالك بالاذن التابعة للملك او الوكالة التي لا تتوقف على بقائه فلا ريب في اتباعه ويحقق الفرق بين الاذن
والوكالة ووجب الحكم بزوال الاذن بالعتق والبيع معا وبقاء الوكالة في الاول مطلقا وفي الثاني موقوفا على
اجازة المشتري   واذا وكل انسان في الخصومة لم يكن اذنا في قبض الحق اذ قد يوكل من لا يستامن
على المال وكذا لو وكله في قبض المال فانكر الغريم لم يكن ذلك اذنا في المحاكمة اذ قد لا يرضى للخصومة لما كان
اطلاق الاذن مقتضيا لفعل ما دل عليه من غير ان يتجاوز الامر دلالة خارجية على التجاوز كما لو كان
اطلاق الاذن في كل من الخصومة والاستيفاء غير منافيا للآخر اذ لا يدل الاذن في احدهما على الآخر
باحدى الدلالات اما المطابقة والتضمن فظاهر واما الالتزام فلما ذكره المص من التعليل فانه لا يلزم من الاذن
في الخصومة الاذن في القبض لجواز ان يكون المأذون عارفا باحكام الخصومة ودقائقها وليس بامين
على المال كما هو واقع في كثير ولا بالعكس لجواز كونه امينا وليس بعارف في احكام المنازعات كما هو الاغلب
في كثير من الصالحين الذين يستامنون على المال ولا يصلحون للوكالة   لو قال وكلتك في قبض حقي من فلان
فمات لم يكن له مطالبة الورثة اما لو قال وكلتك في قبض حقي الذي على فلان كان له ذلك الفرق
بين الصيغتين ان من متعلقه بفعل الامر وهو اقبض ومبداها المديون فيها تعيين لمبدأ القبض ومنشأئه
وهو فلان المديون ولا يتعدى الامر الى وارثه لانه متصف من الوارث ليس قبضا من المديون نعم
له القبض من وكيل المديون لان يده يده وهو نائب عنه بخلاف الوارث فان الملك لم ينتقل
اليه بحق النيابة ومن ثم يحنث لو حلف على فعل شيء ففعل موكله له لا بفعل وارثه واما الذي على
فلان فجملة الموصول والصلة فيه صفة للحق وليس فيه تعيين للمقبوض منه بوجه بل الاذن يتعلق
بقبض الحق الموصوف بكونه في ذمة زيد فالوكيل يتبع الحق حيث ما انتقل فان قيل وصف الحق
بكونه على فلان يشعر بحصر القبض فيه لان الصفة اذا زالت بموته لم يكن الحق المتعلق بالوارث
موصوفا بكونه في ذمة فلان فلا يكون هو الموكل فيه قلنا الوصف انما يفيد الاحتراز به عن دين
آخر له في ذمة شخص آخر ولا اشعار له بتخصيص القبض وبعد تسليم ان لا يكون له دين آخر على غيره
فالصفة هنا لمجرد التوضيح فيكون كما لو قال بع عبدي الناتم او الآكل او ما شاكلهما من الاوصاف
فان له بيعه وان انتبه وترك الاكل   ولو وكله في بيع فاسد لم يملك الصحيح كما لو قال له اشتر لي
كذا الى ادراك الغلات او مقدم الحاج او بعه كذلك وما شاكله ولا فرق في ذلك بين ان يكونا
عالمين بالفساد وجاهلين وبالتفريق وانما لم يملك الصحيح لعدم التوكيل فيه فيقع فضوليا ونبه
بذلك على ابي حنيفة حيث زعم انه يملكه وكما لا يملك الصحيح لا يملك الفاسد لان الله تعالى لم يأذن فيه

والموكل

والموكل لم يملكه فالوكيل اولى ولو اشترى به وسلم الثمن او باع كذلك وسلم المبيع ضمن   وكذا لو وكله
في ابتياع معيب اي لا يملك به ابتياع الصحيح وموقع الاذن لكن هنا له ان يشتري المعيب لانه امر مشروع والاغراض
تتعلق به كما تتعلق بالصحيح ثم ان عين العيب لم يصح التخطي الى غيره سواء ساواه ام قصر ام زاد عليه وان اطلق
صح شراء ما يطلق عليه اسم العيب   واذا كان لانسان على غيره مال فوكله ان يبتاع به متاعا جاز وبرئ
بالتسليم الى البائع انما توقفت البراءة على التسليم الى البائع لا بتعيين البائع لان الاتعيين ما لكه او من يقوم مقامه ومالكه
لم يعينه الا على تقدير جعله ثمنا لان الباء تقتضي المقابلة ولا يصير ثمنا مع كونه في الذمة بحيث يتحقق البراءة
منه الا بقبض البائع له ويتعين البراءة من قبل الشراء وحينئذ لا يتحقق البراءة الا بقبض المالك له او من يقوم مقامه
وليس هنا الا قبض البائع الا ان هذا القسم خارج عن موضع الغرر لما يتقرر من ان مقتضى الشراء بالدين جعله
عوضا ولا دلالة في اللفظ على اقراره مستمرا على موضع البيع ولا مانع من جعله على هذا الوجه ثمنا للمبيع في الجملة
ولا يثبت بشاهد وامرأتين ولا بشاهد ويمين على قول مشهور   هذا هو المذهب لا نعلم فيه مخالفا ولان
متعلق الشاهد واليمين والشاهد والمرأتين الحقوق المالية والغرض من الوكالة الولاية على التصرف والمال قد
يترتب عليها لكنه غير مقصود بالذات من جهتها ويشكل الحكم فيما لو استلزمت الدعوى على المحسن كما لو ادعى شخص
على آخر وكالة يجعل واقام شاهدا وامرأتين او شاهدا وحلف معه فالظاهر انه يثبت المال لا الوكالة ولا يقدح
في ذلك تبعيض الشهادة ومثله ما لو اقام ذلك بالسرقة فانه يثبت المال لا القطع ولان المقصود بالذات هنا المال
لا الولاية نعم لو كان ذلك قبل العمل اتجه عدم الثبوت لان انكار الوكالة ابطلها والمال لم يثبت بعد ويمكن ان يكون
نسبه المص القول الى الشهرة المشعرة بتوقفه فيه لاجل ذلك فيكون التوقف في عموم الحكم لا في اصله   ولو شهد
احدهما بالوكالة في تاريخ والآخر في تاريخ آخر قبلت شهادتهما وكذا لو شهد احدهما انه وكله بالعجمية والآخر
بالعربية لان ذلك يكون اشارة الى المعنى الواحد ولو اختلفا في لفظ العقد بان شهد احدهما ان الموكل قال وكلتك
وشهد الآخر انه قال استنبتك لم تقبل لانها شهادة على عقدين وفيه تردد اذ مرجعه الى انهما شهدا في وقتين المشهور
في عبارات الاصحاب وغيرهم ان الشاهدين بالوكالة اذا اختلفا في تاريخ ما شهدا به لم يثبت الوكالة بذلك
لان كل صيغة واقعة في وقت منهما لم يقم بها شاهدان واحدهما غير الاخرى اما لو شهدا باقرارها في وقتين
قبلت والمص رحمه الله لم يفرق في اطلاق كلامه بينهما بل ظاهره في الاول ان شهادتهما بنفس الوكالة في تاريخين
ولكن بعلته تعسر جمع الشهود في الوقت الواحد يستفاد منه ان المساجر وقع على جهة الاقرار لان الصيغة اذا
وقعت مرة يمتنع بعدها اقرارها وعلى هذا فيكفي شهادة احدهما بالانشاء والآخر بالاقرار في وقتين كما يقبل لو
شهدا معا بالاقرار في الوقتين ويبقى قوله ولو اختلفا صريحا في لفظ العقد في انشاء الوكالة ومع ذلك اختلاف
العبارة يقتضي تعدد الانشاء كما لو تعدد الوقت وان اتفقت العبارة ويرجع تردده في ذلك وتعليله الجواز بقوله
اذ مرجعه الى انهما شهدا في وقتين يدل على ان اختلاف الوقت في العقد نفسه لا يضر لانه فرض المسألة في اختلافهما
في نفس العقد وانما يضر لو كان ذلك في لفظه بان شهد احدهما ان العقد الواقع منه في الوقت المعين كان بلفظ وكلتك

ويشهد الآخر انه بعينه كان بلفظ استنبتك وهنا الاشكال في عدم الثبوت والذي يظهر من العبارة انه ما عدا
صورة التناقض المحض يثبت به وان اختلف الوقت مطلقا وهو مشكل لعدم ثبوت كل واحدة من الصيغتين
وانما الشك فيما لو شهدا بالاقرار في الوقت المختلف الان المشهور ترجيح قبوله والفرق بين الاقرار والانشاء
ان الاقرار اخبار وهو يستدعي امرا خارجا مطابقا لقائله ولا يلزم من تعدد الخبر تعدد الخارج لامكان ان
يخبر عن الشيء الواحد باخبار متعددة في ازمنة متعددة بالفاظ مختلفة فيكون الامر الخارج عن نسبة
الخبر مسكوتا عنه من جهة التعدد والاتحاد فيكون ذلك كاطلاق الشهادة من غير تعيين زمان او مكان ويثبت
اصل التوكيل لاتفاقهما عليه واصالة عدم التعدد في العقد الواحد بخلاف ما لو كان الاختلاف في
نفس عقد الوكالة فانه انشاء لا خارج له يقصد مطابقته بل الوكالة حاصلة منه في الحال فيتعدد
زمانه ومكانه واختلاف صيغته يوجب اختلافه ولم يتطابق على احدهما شاهدان فلا يثبت
فان قيل تعدد الحكاية لا يستلزم تعدد المخبر عنه كذا لا يستلزم اتحاده بل هو اعم منهما فلا يدل على احدهما
وهو الخاص والحال انهما لم يتعرضا للانشاء بنفي ولا اثبات فلا شاهد عليه والاقرار متعدد وكل واحد
من افراده غير ثابت قلنا لما ثبت ان الاقرار يستند في نسبته الى امر خارج وكان الاقراران مسلمين
لحصول التوكيل في الجملة بعد حصول المقتضي للثبوت وبقي احتمال التعدد في المخبر عنه واتحاده وذلك
غير قادح في الشهادة كما لو اطلق الشهادة على الانشاء فان المانع من ذلك انما هو التعدد وهو غير معلوم
فيجب التمسك بالمقتضي الى ان يثبت خلافه مع اعتضاده باصالة عدم التعدد وهذا غاية
ما يمكن توجيهه في الفرق الذي ادعوه ومع ذلك لا يخلو من نظر فكيف بما اطلقه المصنف ويمكن ان يريد
المصنف باختلاف الوكالة في المسلمين الاقرار من حيث الوكالة لما كانت باي صيغة دلت عليها
بقوله وكلت فلانا او استنبته على كذا يمكن جعله اقرارا وانشاء الا مع تصريحه باحدهما
بان يقول انه قد وكله من هذا الوقت فيكون اقرارا او لم يوكله فيما مضى فيكون انشاء والكلام فيما
لو اطلق واعلم ان العلامة نقل في التذكرة عن بعض العامة عدم الثبوت بذلك مطلقا لقيام
الاحتمال ولا يخلو من وجه لكن الظاهر عدم الخلاف عندنا وعند معظم العامة في الثبوت مع
تعدد الاقرار   لو ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله فان انكر الغريم فلا يمين عليه وان صدقه
فان كان عينا لم يؤمر بالتسليم اليه بقوله وكذا لو كان الحق دينا وفيه تردد   اذا ادعى الوكالة عن غائب في
قبض ماله فان اقام بينة وجب تسليمه مطلقا وان لم يكن بينة فان انكر الغريم كونه وكيلا فالقول قوله بغير يمين
لان اليمين انما تتوجه اذا كان المنكر بحيث لو اقر نفذ اقراره وليس هنا كذلك وفي بعض هذه المقدمات نظر يأتي وان

صدق الغريم

صدق الغريم مدعي الوكالة فان كان الحق عينا لم يؤمر بالتسليم اليه قطعا لان اقراره متعلق بحق المالك فلا يسمع نعم يجوز له
تسليمه اذ لا منازع غيرهما الآن ويبقى المالك على حجته فاذا حضر وصدق الوكيل برئ الدافع وان كذبه فالقول قوله
مع يمينه فان كانت العين موجودة اخذها وله مطالبة من شاء منهما بردها لترتب ايديهما على ماله وللدافع مطالبة
الوكيل باحضارها لو طولب به دون العكس فان تعذر ردها لتلف او غيره تخير في الرجوع على من شاء منهما فان
رجع على الوكيل لم يرجع على الغريم مطلقا لاعترافه ببراءته بدفعها اليه وان رجع على الغريم لم يرجع على الوكيل ان تلفت في يده
بغير تفريط لانه بتصديقه له امين عنده والا رجع عليه وان كان الحق دينا ففي وجوب التسليم اليه مع تصديقه
وجهان احدهما مساواته للعين لان تسليمه انما يكون عن الموكل ولا يثبت اقرار الغريم عليه فيستحق
غيره لقبض حقه ولان التسليم لا يؤمر به الا اذا كان مبرئا للذمة ومن ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من
تسليمه للمالك حتى يشهد عليه وليس هنا كذلك لان الغائب يبقى على حجته وله مطالبة الغريم بالحق لو انكر
الوكالة والثاني وجوب الدفع هنا لان هذا التصديق انما اقتضى وجوب التسليم من مال نفسه وانكار
الغائب لا يؤثر في ذلك ولا مانع من نفوذه لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز وتوقف وجوب التسليم
على كونه مبرئا مطلقا ممنوع والبراءة بزعمه حاصلة ولا احتجاج بجواز الامتناع للاشهاد لانما نفيه على المدفوع اليه
وهو ممكن بالنسبة الى مدعي الوكالة في وجوب الدفع هنا اوجه ثم اذا حضر المالك وانكر طالب الغريم لا الوكيل
وان كانت العين باقية لانه لم يقبض ماله اذ لا يتعين الدين الا بتعيين مستحقه او من يقوم مقامه وبهذا يفترق
ذكر هنا نعم للغريم العود على الوكيل مع بقاء العين او تلفها بتفريط لا بدونه لبراءة القابض من عهدتها بزعم الغريم لاعتقاده
على كونه وكيلا فيكون امينا وقد ظهر من ذلك ان الغريم اذا انكر وكالة المدعي لها وكان الحق دينا يتوجه عليه
اليمين على نفي العلم مع ادعائه عليه لانه لو اقر لزمه التسليم بخلاف ما لو كان عينا على ما يقتضيه القاعدة المشهورة
ان كل من اقر بشيء لزمه لو انكره يتوجه عليه اليمين   اذا اذن الوكيل ان يوكل فان وكل عن موكله كان
وكيلا له الخ   اذا اذن له ان يوكل فلا يخلو اما ان ياذن له في التوكيل عن نفسه او عن الموكل او يطلق فالاقسام
ثلاثة وقد يكون التوكيل مستفادا من القرائن الحالية كاتساع متعلق الوكالة وترفعه عن المباشرة او المطالبة
كانت وكيل مفوض ففي القسم الاول لا اشكال في كون الوكيل الثاني يكون نائبا عن الاول فيبطل وكالته بعزل كل من
الوكيل والموكل له وبموته وبانعزال الاول لانه فرعه ونائبه وفي القسم الثاني يكون الثاني وكيلا عن الموكل
كالاول وليس لاحدهما عزل الآخر ولا ينعزل بموته ونحوه من اسباب العزل وانما ينعزل بعزل الموكل وخروجه
عن اهلية الوكالة وفي الثالث اوجه احدها انه وكيل عن الوكيل لان الغرض من ذلك تسهيل الامر عليه
وثانيها انه يكون وكيلا للموكل لان التوكيل تصرف يتولاه باذن الموكل فيقع عن الموكل ولان ذلك هو
المتبادر من حيث ان الحق بالاصالة للموكل والنيابة عنه وبهذا الوجه قطع في القواعد والتحرير وتوقف في التذكرة
لانه نقل الوجهين عن الشافعية ولم يرجح شيئا وثالثها انه يتخير بين ان يوكل عن نفسه وعن موكله وهو
ظاهر عبارة الكتاب لانه فرض الاذن مطلقا ثم قال فان وكل عن نفسه وان وكل عن موكله ووجه التخيير

صلاحية الاطلاق لهما لصدق الوكيل لما ذون فيه على المدين وهذا الوجه قريب ان كان ولا فان
العبارة على تقدير انحصار الامر في الوجهين الاولين يمكن حملها على ما يوافقهما بان يحمل قوله فان وكل عن موكله
بان كان مصون وكيل الموكل له ذلك وكذا القسم الآخر الا انه لا ضرورة الى ذلك فان المسئلة محتملة والوجه
ليس ابعد منهما وفي القسم الرابع وهو ما لو كان مستند الاذن في التوكيل القراين الحاليه يحتمل الاوجه الثلثة
وتوقف في التذكرة وقطع في التحرير ان الثاني يكون وكيلا للوكيل وهو متجه وفي القسم الخامس وهو العرينه
المقاليه يكون كما لو اطلق   ويجب على الوكيل تسليم ما في يده الى الموكل مع المطالبه وعدم العذر فان امتنع
من غير عذر ضمن ولو كان هناك عذر لم يضمن   ما بيد الوكيل من المال ~~للموكل مع المطالبه~~ الذي وكله في بيعه وثمنه
على تقدير البيع والمبيع الذي يشتريه للموكل وغيرها امانه في يده باذن المالك فلا يجب عليه ايصاله قبل طلبه
وانما يجب مع الطلب وامكان الدفع وليس المراد به الفورية العقليه بحيث يدخل فيها فعل ما يمكنه فعله من
المبادرة وان كان على خلاف العاده بل يرجع ذلك الى المعروف شرعا ثم الى العرف العام ويعذر بما
عد عذرا فيهما وان كان مقدورا كاكمال الصلوة عند الطلب في اثنائها وان كانت نفلا والتشاغل بها عند
ضيق الوقت وان كان الطلب قبل الشروع فيها عذر شرعي والفراغ من الحمام واكل الطعام ونحو ذلك من
الاعذار العرفيه صرح به في التذكره والعجب في الوديعه فيها حكم بانه لا يعذر في ردها مع الطلب
الا بتعذر الوصول الى الوديعه واكمال صلوة الفرض دون النفل وغيره من الاعذار العرفية مع ان الامر في
الوديعة اسهل على الودعي لانها مبنية على الاحسان المحض الذي يناسبه التسهيل بخلاف الوكاله اذ قد
يدخلها اغراض للوكيل كالجعل وغيره فلا اقل من المساواة   ولو ادعى بعد ذلك ان تلف المال قبل الامتناع
او ادعى الرد قبل المطالبه قيل لا تسمع دعواه وان اقام بينه والوجه انها تسمع اذا امتنع من رد المال
على الموكل بعد ان يكون امتناعه مجردا بعضه ومطلو ويكون للجحود وعلى تقدير الجحود فقد يكون جحوده بقوله لا حق
لك عندي اولا يلزمني دفع شيء اليك وما في معناه وما قبضت منك شيئا وفي الاولين لو ادعى تلف المال
قبل الامتناع او رد المال قبل المطالبه فسماع دعواه وقبول بينته ظاهر لانه لم يكذبها بامتناعه الاول بل
هو مؤكد لدعواه فانه اذا رد تلف الامتناع من الاجابة بعده والجحود بمعنى قوله لا حق لك عندي ونحوه وان
كان صيغة جحوده انكار عدم تسليمه اصلا فهنا قد كذب دعواه الثانيه الاولى وكذب دعواه الاولى
بينته على الرد او التلف فهذا وجه القول بعدم سماعها   ووجه ما اختاره المص من القبول
جواز استناده انكاره الى سهو ونسيان وعموم البينه على المدعي واليمين على من انكر ويقوى ذلك اذا ظهر لانكاره
هذا التاويل ونحوه ولو ادعى على الوكيل صحة دعواه فالظاهر ان له احلافه وان لم تسمع دعواه واعلم ان
عبارة المص تقتضي عدم الفرق بين الاقسام الثلثه وان الخلاف واقع فيها اجمع من حيث اطلاقه الامتناع
والاشكال في الاولين ضعيف ومنهم من قوله فادعى تلف المال قبل الامتناع او الرد انه لو ادعى ذلك بعد الامتناع

ان قوله تسمع

ان قوله تسمع وبينته تقبل وهو حسن اذ لا يكذبه تحقيق غايته ان يكون بامتناعه بعد ما غاصبا وغيره ذلك لا ينافي
سماع دعواه ولا قبول بينته واطلق العلامه وغيره الارشاد عدم سماع دعواه في الصورتين   وفي الارشاد السماع هنا
وعلى هذا الحكم في الرد واضح واما في دعوى التلف فيقبل من جهة العين ويلزمه المثل او القيمة لانه ضامن بجحوده
كل من في يده مال الغير او في ذمته له ان يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بالقبض وفصل
آخرون والاول اشبه   وجه التفصيل ان ما يقبل قول الدافع في رده لا يوجد عليه ضرر بترك الاشهاد
لان يقبل قوله بدفع الغرم عن نفسه بخلاف ما لا يقبل وربما فصل بعضهم هذا القسم بانه ان كان بالحق بينة له الامتناع
حتى يشهدوا والا فلا لانه وان لم يقبل قوله لو اقر لكنه يمكنه انكار اصل الحق على وجه يصدق بان يقول انه لا يستحق
عنده شيئا فيقبل قوله كالقسم الاول والاقوى ما اختاره المص لان تكليف اليمين ضرر عظيم وان كان صادقا
واذن الشارع فيها وترتب الثواب عليها لا يدفع اصل الضرر خصوصا في بعض الناس من ذوي المراتب
فان ضرر الغرامة عليهم اسهل من اليمين   واعلم ان في قول المص حتى يشهد صاحب الحق بالقبض تجوزا
لان الغريم اذا كان له الامتناع من الاقباض حتى يشهد كيف يمكن المستحق الاشهاد بالقبض ولم يقع فانه ليس
بصحيح وكان حقه ان يقول حتى يشهد على القبض والاحسن في الجواب ان يجعل الباء بمعنى على فانه واقع لغة
ومنه قوله تعالى ومنهم من ان تامنه بقنطار اي على قنطار   وقوله كل من في يده او في ذمته يشمل الحقوق
الواجبة كالزكوة فانها حق في الذمه او في يده على تقدير عزلها وليس له التاخير الى ان يشهد على دفعها
الوكيل في الايداع اذا لم يشهد على الودعي لم يضمن ولو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن وفيه تردد
الفرق ان الايداع مبني على الاخفاء وهو فيها امر مطلوب بخلاف قضاء الدين بل هو على الضد ولان
الودعي قوله مقبول في الرد والتلف فلا يؤثر الاشهاد في تغريمه بخلاف المديون   ووجه التردد
في الحكم مما ذكرناه ومن عدم دلالة مطلق الامر على الاشهاد فيحصل الامتثال بدونه ويرد المص يمكن
كونه في مجموع الحكم في المسئلتين او في المسئلة الثانيه وهي مسئلة الدين خاصة ولا ينافي ما سبق
في الوديعه من حكمه بعدم الضمان لترك الاشهاد ويمكن كونه في كل واحد من المسئلتين فيكون رجوعا
عن السابق والظاهر هو الاول ولا بد من تقييد الحكم بكون الاداء بغير حضرة الموكل والا انتفى الضمان
لان التفريط حينئذ مستند الى الموكل   اذا تعدى الوكيل في مال الموكل ضمنه ولا تبطل وكالته لعدم
التنافي بين ذلك على خلاف بعض العامة حيث زعم انها تبطل بالتعدي لانها امانه فترتفع بزوالها
كالوديعة وبطلانه ظاهر لما ذكره المص من عدم التنافي بين الضمان والاذن وتحرير ان الوكالة تضمنت

شئين الامانة والاذن في التصرف فاذا تعدى زالت الامانة وبقي الاذن بحاله كما ان الرهن ايضا لما اشتمل
على شيئين الامانة والتوثق لم يبطل الثاني ببطلان الاول بالتعدي عند الجميع وبهذا يحصل الفرق بينها وبين
الوديعة فان الوديعة لم يشتمل الا على الامانة فاذا ارتفعت بقيت مضمونة مع انا نمنع بطلان الوديعة مطلقا
ولو باع ما تعدى فيه وسلمه الى المشتري برئ من ضمانه لانه تسليم ماذون فيه فيجري مجرى
قبض المالك لا خلاف في زوال الضمان عنه بالتسليم الى المشتري لما ذكره المص ولان المشتري قد ملكه
فاذا وصل اليه باذن المالك زال الضمان وانما الكلام في زواله بمجرد البيع فانه يحتمل ذلك لخروجه عن ملك الموكل به
ودخوله في ملك المشتري وضمانه وعدمه لانه ربما بطل العقد بتلفه قبل قبض المشتري فيكون التلف على ملك
الموكل وهذا اقوى وتردد في التذكرة ولو قبض ثمنه في موضع الجواز لم يكن الثمن مضمونا عليه وان كان
اصله مضمونا لقبضه باذن الموكل ولم يتعد فيه ومثله ما لو تعدى في الثمن ثم اشترى به وقبض المبيع
ولو رد عليه بعيب عاد الضمان ويحتمل عدمه لانتقال الملك الى المشتري بالعقد وبطلان
البيع من حينه لا من اصله وموضع الاشكال على تقدير جواز رده عليه اذا اذن الموكل
لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع جاز وفيه تردد وكذا في النكاح القول بالجواز للاكثر لوجود المقتضي
وهو اذن المالك له في البيع المذكور وانتفاء المانع اذ ليس الا كونه وكيلا وذلك لا يصلح للمانعية ووجه
التردد مما ذكر ومن قول الشيخ وجماعة بالمنع منه للتهمة ولانه يصير موجبا قابلا وعند المانع
منه ولا ريب في قوة جانب الجواز لمنع التهمة مع الاذن ومراعاة المصلحة المعتبرة في كل وكيل وجواز تولي
الواحد الطرفين عندنا ولو اطلق له الاذن ففي جواز بيعه من نفسه ما سبق في البيع على غيره فلا يتناوله
الاطلاق وقد ورد مع ذلك روايات على المنع من شراء الوكيل من نفسه منها رواية هشام بن الحكم
عن الصادق عليه السلم اذا قال لك الرجل اشتر لي فلا تعطه من عندك وان كان الذي عندك خيرا
منه وفي حديث آخر عنه عليه السلم نحوه وتلى انا عرضنا الامانة الآية ويمكن الاحتجاج به
على منع البيع ايضا لعدم الفرق والقائل به وذهب في المختلف الى الجواز للاصل وجوازه في الاب والجد
فكذا في الوكيل والمغايرة الاعتبارية هي المصححة في الجميع وقد ظهر بذلك ان الخلاف في هذه المسئلة
ليس باعتبار تولي الواحد طرفي العقد لان جماعة قائلون بجوازه مع منعهم هنا ولانه يمكن المغايرة
بتوكيله في القبول ان لم يجز في الايجاب نعم يزيد الحكم بالجواز بعدا عند القائل بمنع تولي الطرفين والخلاف
في المسئلة في موضعين ويتحل الى ثلثة احدها ان الوكيل يدخل في اطلاق الاذن ام لا الثاني مع التصريح

بالاذن

بالاذن هل له ان يتولاه لنفسه وان وكل في القبول ام لا الثالث على القول بالجواز مع التوكيل هل يصح تولي الطرفين ام لا والشيخ على المنع
في الثلاثة والعلامة في المختلف على الجواز في الثلاثة وفي غيره في الاخيرين والمص يجوز الاخير ويمنع الاول ويتردد في الوسط
اذا اختلفا في الوكالة فالقول قول المنكر لانه الاصل . لا فرق في ذلك بين كون منكر الوكالة الموكل والوكيل للاصل ومن ثم اطلق
المنكر وتوجه كون منكرها الموكل ظاهر واما انكار الوكيل فيمكن فرضه فيما لو كان التوكيل في شيء مشروطا في عقد لازم
وشرط ايقاعه في وقت معين وحصل الاختلاف بعد انقضائه في حصول التوكيل فادعاه الموكل ليخرج عن العهدة
ويصير العقد لازما وانكره الوكيل ونحو ذلك ولو اختلفا في التلف فالقول قول الوكيل لانه امين وقد يتعذر
اقامة البينة بالتلف غالبا فاقتضى قبوله دفعا لالتزام ما يتعذر غالبا المراد بتلف المال الذي بيده على وجه
الامانة ليدخل فيه العين الموكل في بيعها قبله وبعد ما حيث يجوز له قبضه بعده والعين الموكل في شرائها كذلك ووجه
القبول مع مخالفته الاصل بعد الاجماع ما ذكره المص ولا فرق بين ان يدعي تلفها بسبب ظاهر كالغرق والحرق وخفي
كالسرق عندنا وفي حكمه الاب والجد والحاكم وامينه والوصي وقد تقدم الخلاف في قبول قول بعض الامناء
ولو اختلفا في التفريط فالقول قول منكره لقوله صلى الله عليه وآله واليمين على من انكر يمكن ان يريد بالتفريط ما
يشمل التعدي اما لاشتراكهما في الحكم واستعمال احدهما في الآخر كثيرا واما لان التفريط اذا عدي بفي ضمن معنى
التقصير واذا عدي بعلى ضمن معنى التعدي كما نص عليه الجوهري ومن الثاني قوله تعالى انا نخاف ان يفرط
علينا وقد ذكره هنا خاليا من حرف التعدية فيحتمل الامرين اذا اختلفا في دفع المال الى الموكل فان كان
بجعل كلف البينة لانه مدع وان كان بغير جعل فقيل القول قوله كالوديعة وهو قول مشهور وقيل القول
قول المالك وهو الاشبه وجه عدم قبول قوله مطلقا واضح لاصالة عدم الرد وعموم البينة على المدعي
واليمين على من انكر والتفصيل بقطع الاشتراك والقائل بالتفصيل نظر الى انه مع عدم الجعل امين وقد قبض المال
لمحض مصلحة المالك فكان محسنا محضا فكلما دل على قبول قول الودعي يدل عليه لتوقفهم ان يؤدي الى الاعراض
عن قبول النيابة في ذلك وهو ضرر منفي وفيه ان الامانة لا تستلزم القبول لمن قبض لمصلحة نفسه مع
كونه امينا والضرر مندفع بالاشهاد والمقصر في تركه منه والاحسان لا ينافي عدم قبول قوله في الرد وكونه
من جملة السبيل المنفي عنه مدفوع بان اليمين عليه سبيل ايضا وليس بمندفع ويمكن الجواب بان السبيل المنفي
نكرة منفية فيعم الا ما اخرجه الدليل واليمين ثابت بالاجماع فكان خارجا به فيبقى الباقي والحق ان قبول
قول الودعي ان كان خارجا بالاجماع فهو الفارق والا فلا فرق وفي الاجماع بعد وقد تقدم الكلام على ذلك
اما الوصي فالقول قوله في الانفاق لتعذر البينة فيه دون تسليم المال الى الموصى له وكذا القول
في الاب والجد والحاكم وامينه مع اليتيم اذا انكر القبض بعد بلوغه ورشده الخ ظاهرهم هنا عدم الخلاف

في تقديم قول الموصى له والمستام في عدم القبض وهو يؤيد تقديم قول الوكيل هنا للاشتراك في العلة بل ربما كان الاحسان
هنا اقوى اما الانفاق فخرج من ذلك مع ان الاصل عدم ما يدعيه المنفق لعسر اقامة البينة عليه في كل وقت ومجاح
اليه مستلزم للحرج والعسر المنفيين بخلاف تسليم المال اذا ادعى الوكيل التصرف وانكر الموكل مثل ان يقول
بعت او قبضت قيل القول قول الوكيل لانه اقر بماله ان يفعله وقيل القول قول الموكل والحكم كالاول اشبه
وجه الاشبه انه امين وقادر على الانشاء والتصرف اليه ومرجع الاختلاف الى فعله وهو اعلم به
ووجه تقديم قول الموكل ظاهر لاصالة عدم الفعل وقد اختلف كلام العلامة في هذه المسئلة فجزم
في الارشاد بتقديم قول الوكيل من غير نقل خلاف وقربه في القواعد وجزم في التذكرة بتقديم قول الموكل ان كان
النزاع بعد عزل الوكيل واستقرب كون الحكم قبل العزل مثله لاصالة عدم التصرف واصالة بقاء الملك على مالكه وتوقف
في التحرير والاجود الاول واعلم انه لا يحتاج الى تقييد التصرف في فرض المسئلة بكون الثمن قد تلف في يد
الوكيل بان يقول مثلا بعت وقبضت الثمن وتلف في يدي كما ذكره بعضهم تبعا للسيد عميد الدين في التحرير لان الكلام في
دعوى الوكيل التلف وقد ذكر سابقا مطلقا وهو امر خارج عن هذه المسئلة وانما حاصل هذه دعوى الموكل عدم
التصرف بالبيع ونحوه لم يرتجع العين والوكيل يدعي الفعل سواء ترتب عليه مع ذلك دعوى التلف ام لا
اذا اشترى انسان سلعة وادعى انه وكيل لانسان فانكر كان القول قوله مع يمينه ويقضى على المشتري
بالثمن سواء اشترى بعين او في الذمة الا ان يكون ذكر انه يبتاع له حال العقد اذا حلف المنكر
اندفع الشراء عنه وحكم به للمشتري ظاهرا والزم بالثمن ويجب تقييده زيادة على ما استثناه المصنف
بعدم اعتراف البائع بكونه وكيلا او كون العين التي اشترى بها ملكا للمنكر او قيام البينة بذلك والا بطل ايضا
كما لو ظهر استحقاق احد العوضين المعينين ولو قال الوكيل ابتعت لك اخي الوجه في المسئلتين
ان الاختلاف راجع الى قصده ولا يعرف الا من قبله فيرجع اليه فيه وهل يلزمه مع ذلك اليمين الظاهر ذلك بناء
على سماع دعوى التهمة او لامكان اطلاع الموكل على الحال باقراره مثل ذلك نعم لو صرح بكون قصده ذلك من غير وجه
يحتمل احتمل عدم سماع الدعوى اذا زوجه فانكر الوكالة ولا بينة كان القول قول الموكل مع يمينه ويلزم
الوكيل مهرها وروي نصف مهرها وقيل يحكم ببطلان العقد في الظاهر ويجب على الموكل ان يطلقها ان كان يعلم صدق
الوكيل وان يسوق لها نصف المهر وهذا اقوى وجه الاول ان المهر يجب بالعقد كملا وانما ينتصف
بالطلاق وليس وقد فوته الوكيل عليها بتقصيره بترك الاشهاد فيضمنه وهو اختيار الشيخ في النهاية والثاني
هو المشهور بين الاصحاب واختاره الشيخ ايضا في المبسوط ومستنده ما رواه عمر بن حنظلة عن الصادق
عليه السلم في رجل قال لآخر اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قالت من صداق او ضمنت من شيء

او شرطت

او شرطت فذلك رضى لي وهو لازم لي فشهد على ذلك فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طلبوه وسألوه
فلما رجع اليه انكر ذلك كله قال يغرم لها نصف الصداق عنه وذلك انه هو الذي ضيع حقها فلما لم يشهد
لها عليه بذلك الذي قال له حل لها ان تتزوج ولا يحل للاول فيما بينه وبين الله الا ان يطلقها لان الله
تعالى يقول فامساك بمعروف او تسريح باحسان فان لم يفعل فانه مأثوم فيما بينه وبين الله الا ان
يطلقها عز وجل وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام قد اباح لها ان تتزوج ولانه فسخ قبل الدخول فيجب نصف
المهر كالطلاق وفي الاخير منع وفي سند الحديث ضعف ولو صح لم يمكن العدول عنه والقول الثالث
الذي اختاره المصنف اقوى ووجهه واضح فانه اذا انكر الوكالة وحلف على نفيها انتفى النكاح ظاهرا ومن ثم
يباح لها ان تتزوج وقد صرح به في الرواية وينتفي المهر ايضا لان ثبوته موقوف على لزوم العقد ولانه
على تقدير ثبوته انما يلزم الزوج لانه عوض البضع والوكيل ليس بزوج نعم لو ضمن الوكيل المهر كله او نصفه
لزمه حسب ما ضمن ويمكن حمل الرواية عليه واما وجوب الطلاق على الزوج مع كذبه في نفس الامر
ووجوب نصف المهر عليه فواضح واعلم ان المرأة انما يجوز لها التزويج مع حلفه اذا لم تصدق
الوكيل عليها والا لم يجز لها التزويج قبل الطلاق لانها باعترافها زوجة بخلاف ما اذا لم تكن عالمة بالحال
فلو امتنع من الطلاق لم يجبر عليه لانتفاء النكاح ظاهرا وتحتمل تسلطها على الفسخ دفعا للضرر او تسلط
الحاكم على الطلاق لان له ولاية الاجبار على الممتنع او بقاؤها كذلك حتى يطلق او يموت اوجه
واذا وكله في ابتياع عبد فاشتراه بمائة فقال الموكل اشتريته بثمانين فالقول قول الوكيل لانه مؤتمن ولو قيل
القول قول الموكل كان اشبه لانه غارم التقدير ان المبيع يساوي مائة كما ذكره في التحرير والا لم يكن الشراء صحيحا
لما تقدم من حمل الاطلاق في الاذن على الشراء بثمن المثل ووجه تقديم قول الموكل اصالة براءته من الزائد ولان
في ذلك اثبات حق للبائع على الموكل فلا يسمع ولا فرق في ذلك بين كون الشراء بالعين وفي الذمة لثبوت الغرم
على التقديرين اذا اشترى لموكله كان البائع بالخيار ان شاء طالب الوكيل وان شاء طالب الموكل والوجه
اختصاص المطالبة للموكل مع العلم بالوكالة واختصاص الوكيل مع الجهل بذلك اما مع الجهل فلان العقد معه وقع
والثمن لازم له ظاهرا فله مطالبته واما مع العلم بكونه وكيلا فانه يكون نائبا عن غيره فلا حق له عنده بل عند
الموكل والمراد بالجهل بالوكالة كونه مستترا الى ان يحصل القبض ولو كان جاهلا وقت العقد معه بكونه وكيلا
ثم ثبت وكالته فالمطالب الموكل ويحتمل بقاء استحقاق المطالبة للوكيل استصحابا لما كان ولا مكان

عدم رضاه بمطالبة الوكيل لو علم ابتداء ولا يكفي في ثبوت الوكالة اعتراف الموكل هنا لامكان تواطئهم على اسقاط حق المشتري عن مطالبة
الوكيل لكن هناك الرجوع على من شاء منهما صرح به في التذكرة ووجه النظر مطلقا ان الحق على الموكل والعقد مع الوكيل
وهو ضعيف والمذهب هو الاول واعلم ان الحكم بمطالبة الموكل مع العلم والوكيل مع الجهل لا يتم نصا على اطلاقه
لان الثمن لو كان معينا لم يكن له مطالبة غير من هو في يده بل الاولى ان يقال في المسئلة ان الثمن اما ان يكون معينا
او مطلقا وعلى التقديرين فاما ان يسلم الى الوكيل اولا وعلى التقادير فاما ان يكون البائع عالما بوكالته او غير عالم وحكمها
انه متى كان الثمن معينا فالمطالب به من هو في يده سواء في ذلك الوكيل والموكل وان كان في الذمة وقد دفعه الموكل
الى الوكيل تخير البائع في مطالبة ايهما شاء مع علمه بالوكالة اما الوكيل فلان الثمن في يده واما الموكل فلان الشراء له وما
دفع لم يتحصر في الثمن بعد وان لم يكن دفعه الى الوكيل فله مطالبة الوكيل مع جهله بكونه وكيلا وعدم البينة عليها
والموكل مع علمه وهذا القسم الاخير يصلح مسئلة الكتاب اذا طالب الوكيل بمال الذي عليه الحق لا يستحق
المطالبة لم يلتفت الى قوله لانه مكذب لبينة الوكالة ولو قال عزلتك لم يتوجه على الوكيل اليمين الا ان يدعي
عليه العلم وكذا لو ادعى ان الموكل ابراه وجه التكذيب ان مقتضى اقامة البينة استحقاق المطالبة
فعله ذلك رد لمقتضاها فلا يلتفت اليه ويشكل بان نفي الاستحقاق اعم من تكذيب البينة لجواز كون
سببه طرو المطالبة العزل او الابراء عن الحق او الاداء الى الموكل او وكيل آخر فينبغي ان يسمع دعواه
ومن ثم استشكل الحكم في القواعد ويمكن دفع الاشكال بان نفي الاستحقاق لما كان مسترا كان من ما يسمع
ولا يسمع لانه لا تعد دعوى شرعية حتى يحرر مثل شهادة الوكيل لموكله فيما هو وكيل له فيه لعلم
المانع بخلاف ما له فيه وكالة لانه يثبت لنفسه حقا ولو شهد عليه قبل مطلقا ولو عزل
تبطل في الجميع ما لم يكن اقام بها او شرع في المنازعة لاسفاء المانع من القول حلا فالبعض العامة
حيث ردها مطلقا نظرا الى انه محرر عقد الوكالة ووجب الخصومة وبطلانه واضح
لو وكل بقبض دينه من غريم له فاقر الوكيل بالقبض وصدقه الغريم وانكر الموكل فالقول قول الموكل
وفيه تردد منشأ التردد من الاختلاف في فعل الوكيل فيقدم قوله فيه ولانه امين ومن
اصالة بقاء حق الموكل عند الغريم والاولى تقديم قول الوكيل اما لو امر ببيع سلعة وتسليمها
وقبض ثمنها وتلف من غير تفريط فاقر الوكيل بالقبض وصدقه المشتري وانكر الموكل فالقول قول الوكيل
لان الدعوى هنا على الوكيل من حيث سلم المبيع ولم يسلم الثمن فكانه يدعي ما يوجب الضمان وهناك
الدعوى على الغريم وفي الفرق نظر اولا على الفرق بين المسئلتين مع اشتراكهما في موضع تقديم
قول الوكيل والموكل فان الموكل يدعي على الوكيل ما يوجب الجناية وهو تسليمه المبيع قبل قبض الثمن فيكون القول

قول الموكل

سال ١٣٤٨ خورشيدى
بازبينى شد

قول الموكل ووجه التردد في الفرق اشتراكهما في كون النزاع في تصرف الوكيل وقد تقدم ان قوله مقبول فيه فينبغي ان يقدم
قوله في الصورتين فان المص تردد في الحكم الاول وجزم بالثاني فيكون الاشكال في الفرق راجعا الى رد الاول الى الثاني
لا الى عكسه وان امكن من حيث اشتراكهما في اصالة عدم القبض لان دعوى الجناية في الثانية لا اثر لها وهي امر زائد على
ما يوجبه في تقديم كل منهما وهذا كله انما يتم مع كون التسليم موقوفا على القبض كما لو وكله في البيع حالا ولم يصرح له بالاذن
في تسليم المبيع قبل قبض الثمن اما مع الاذن او كون الثمن مؤجلا فلا فرق في تقديم قول الموكل بين تسليم المبيع وعدمه الا
انه يشكل بما قلناه من ان مرجع ذلك الى دعوى الوكيل التصرف والتلف وقوله مقدم فيهما وغايته ان يتوجه في دعوى
القبض هنا الخلاف وقد يندفع الثاني بان التلف الذي يسمع دعواه فيه ما كان بعد تحقق وصول المال اليه
وهو منتف هنا واما التصرف فكما يكون بعد وصول المال اليه كذا يكون قبله بل هو لا يجامعه كالوكيل في
البيع خاصة وقد يكون التصرف هو القبض كما اذا كان وكيلا فيه خاصة واعلم انه متى قدم الوكيل في القبض
فهل يحصل بذلك براءة المشتري من الثمن الظاهر ذلك لان الحق واحد فاذا قبل قول الوكيل في قبضه كيف يتوجه
ايجابه على المشتري ويحتمل عدم براءته بذلك لاصالة عدم الاداء وانما قبل في حق الوكيل لاستيمانه وهذا المعنى مفقود
في المشتري اذ لا يصدق قوله في ذلك لو كان النزاع معه ابتداء وينبغي الالتفات عن هذا الاحتمال البائن في التذكرة
ولو ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل لانه لم يثبت وصول الثمن اليه ولو قيل
رد المبيع على الموكل كان اشبه القول الاول للشيخ رحمه معللا بما ذكر وموضع الخلاف ما اذا اعلم كونه
وكيلا كما يرشد اليه التعليل والاولى ما اختاره المص لان الملك له والوكيل نائب عنه والبائع في الحقيقة
هو الموكل ووصول الثمن اليه وعدمه لا مدخل له في هذا الحكم اصلا بل لا يجوز رده على الوكيل لانه ينعزل
بالبيع ان لم يكن وكيلا في قبض المبيع على تقدير رده بالعيب وكيف كان فقول الشيخ ضعيف وكذا تعليله

كتاب الوقوف والصدقات

تم المجلد الثاني من هذا التعليق على يد مصنفه الفقير الى عفو الله تعالى ورحمته زين الدين بن علي بن احمد
الشامي العاملي عامله الله بلطفه وعفى عنه بمنه وفضله في اوقات متخلفة واحوال متصرفة مشوشة
للقوى والافكار مانعة من التجلد والاصطبار موجبة للمسامحة عند العثار آخرها مفتتح شهر ربيع الاول
المعظم والله سنة ست وخمسين وتسعمائة حامدا لله تعالى في الشدة والرخاء شاكرا له في السراء
والضراء مصليا على اشرف الانبياء واكمل الاصفياء وعلى آله النجباء واصحابه الاتقياء مسلما
مستغفرا والحمد لله وحده وصلواته على محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا

بازبينى شد ١٣٧١ ش
سال ١٣٤٨ خورشيدى
بازبينى شد

كتابخانه آستان قدس رضوى